



Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales

Sébastien Brameret

► To cite this version:

Sébastien Brameret. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. LGDJ, 271, pp.XIII-448, 2011, Bibliothèque de droit public, 978-2-275-03787-5. <hal-01951856>

HAL Id: hal-01951856

<https://hal.science/hal-01951856v1>

Submitted on 21 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.



HAL Authorization

*Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
membre de l'Institut*

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 271

*Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris II (Panthéon-Assas)*

LES RELATIONS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AVEC LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES RECHERCHE SUR L'INSTITUTIONNALISATION D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

Sébastien Brammeret

*Préface de
Sébastien Bernard*

L.G.D.J

lextenso éditions

LES RELATIONS DES COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES AVEC LES SOCIÉTÉS
D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES
RECHERCHE SUR L'INSTITUTIONNALISATION
D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

*Fondée par
XXX
Professeur XXXt*

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 271

*Dirigée par
XXX
Professeur
à XXX*

LES RELATIONS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AVEC LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

RECHERCHE SUR L'INSTITUTIONNALISATION D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

Sébastien Brameret

L.G.D.J

lextenso éditions

Retrouvez tous nos titres

Defrénois - Gualino - Joly

LGDJ - Montchrestien

sur notre site



www.lextenso-editions.fr



© 2011, LGDJ, Lextenso éditions

33, rue du Mail, 75081 Paris Cedex 02

I.S.B.N. : 978-2-275-03787-5

I.S.S.N. : 0520-0288

PRÉFACE

Vieille dame ayant allègrement traversé le vingtième siècle - notamment pour accompagner depuis une trentaine d'années le processus de décentralisation - la société d'économie mixte locale paraît désormais subir les outrages du temps, concurrencée par de jeunes créatures qui, à l'instar de la société publique locale créée par la loi du 28 mai 2010, affichent des arguments aussi séduisants... que le bénéfice de l'application de la théorie des contrats *in house*. Face à de tels assauts, il est tentant de brandir le spectre du dépérissement de l'économie mixte locale qui, prise en tenaille entre la diversification des instruments permettant aux personnes publiques d'intervenir seules dans l'économie et la tentation du recours au secteur privé, serait vouée à décliner, payant le prix du manque de clarté des liens unissant les collectivités territoriales à ces sociétés d'économie mixte. Ce n'est pas le moindre des compliments qu'il est possible d'adresser à la thèse de Monsieur Sébastien Brameret, maître de conférences en droit public à l'Université Pierre Mendès France - Grenoble II, que de lui reconnaître le mérite d'avoir procédé à une étude approfondie de ces relations, susceptible d'éclairer l'avenir des sociétés d'économie mixte locales dans un contexte marqué par un certain foisonnement des modes de gestion.

En dépit de son importance économique et de sa vitalité, le secteur public local retient relativement peu l'attention de la doctrine, souvent focalisée sur le contentieux des contrats publics locaux. Il est pourtant significatif d'une confrontation, profondément renouvelée par la prise en compte des différentes sources de la concurrence, de la gestion publique et de ce qu'il est convenu d'appeler « la vie des affaires ». Bien avant que la notion de partenariat public-privé, *a fortiori* institutionnalisé, ne soit à la mode, la société d'économie mixte locale en proposait une illustration. Mais quel degré d'intérêt cette forme d'association structurelle des acteurs publics et privés présente-t-elle encore, à une époque qui privilégie la comparaison des offres et le recours à la technique contractuelle ?

Cette recherche doctorale consacrée aux « relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales » a été entreprise au sein du GRDPE (Groupe de Recherches en Droit Public Économique) du Centre de Recherches Juridiques de l'Université Grenoble II et soutenue le 16 novembre 2010 devant un jury composé des Professeurs Jean-Louis Autin (Université Montpellier I, Président du jury), Martine Lombard (Université Paris II, Rapporteur), Sophie Nicinski (Université Paris I, Rapporteur), Nicolas Kada (Université Grenoble II) et de l'auteur de ces lignes qui a dirigé les recherches. Le jury a tenu à saluer une grande maîtrise de questions, sinon austères, du moins souvent d'une grande technicité que M. Brameret a su dominer et mettre en perspective.

L'auteur a choisi d'organiser sa démonstration autour de l'ambivalence des liens qu'entretiennent les collectivités avec des sociétés dont elles sont à la fois

les actionnaires majoritaires et les principaux partenaires contractuels. Cette ambivalence confine à l'ambiguïté dans la mesure où la propriété publique de ces sociétés, parfois perçues comme de simples démembrements des collectivités, n'empêche pas qu'elles soient jugées trop distantes pour échapper aux obligations de mise en concurrence.

La première partie démontre combien est réussie l'appropriation des sociétés d'économie mixte par les collectivités territoriales. Qu'il s'agisse des modalités de représentation ou des liens financiers, les collectivités ont su intégrer les règles du droit des sociétés. Mais l'appropriation institutionnelle ne se réduit pas à l'utilisation de ces dernières, elle mobilise également des pouvoirs permettant aux collectivités de dominer tous les aspects de la vie sociétale, depuis la détermination de leur objet social jusqu'aux contrôles exercés en passant par leur organisation interne.

Hélas pour la cohérence de l'objet étudié, l'analyse - à laquelle la seconde partie de l'ouvrage est consacrée - des relations contractuelles qu'entretiennent collectivités et sociétés d'économie mixte, révèle comme une crispation à propos de la soumission à une procédure de mise en concurrence de la passation de ces contrats. Faisant prévaloir une approche organique souvent relativisée par ailleurs, le juge n'a pas osé adopter une logique fonctionnelle en faveur de laquelle M. Brameret plaide avec conviction, n'hésitant pas à avancer plusieurs pistes de réforme.

En pointant son objectif sur l'incohérence consistant à ne pas tenir compte, au stade contractuel, de la nature des relations institutionnelles, l'auteur met en lumière un attachement à une logique organique qui peut, à certains égards, paraître surannée. En photographe amateur mais averti qu'il est, Monsieur Brameret multiplie les portraits, croisant les angles d'analyse afin de cerner les relations des collectivités territoriales et des sociétés d'économie mixte locales dans toutes leurs dimensions. Ne dédaignant pas recourir au contrechamp, par exemple lorsqu'il utilise la mine d'informations que représentent les observations des chambres régionales des comptes, il parvient, sans jamais céder aux clichés ni aux propos hors-champ, à dresser un portrait d'une grande justesse de la complexité de ces relations. Comme seules les bonnes thèses savent y inviter, l'étude de Monsieur Brameret donne, par-delà le sujet traité, à réfléchir sur l'évolution de l'ensemble de la branche du droit étudiée. D'abord, parce que les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales offrent un terrain d'observation des influences respectives du droit administratif et du droit des sociétés assez significatif des transformations contemporaines du droit public économique. Ensuite, car la thèse montre bien les limites logiques auxquelles, dans le cas des sociétés d'économie mixte locales, aboutissent des classements binaires peu adaptés aux objets hybrides. Enfin, parce que la course-poursuite à laquelle semblent se livrer le législateur et les juges depuis une dizaine d'années en matière d'encadrement des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales éclaire un mode de création du droit qui peut parfois laisser songeur.

Sébastien BERNARD

Professeur agrégé de droit public

Doyen de la Faculté de Droit de Grenoble

AVERTISSEMENT

Cet ouvrage est la reproduction d'une thèse, réalisée sous la direction de M. le Doyen Bernard, présentée et soutenue publiquement le 16 novembre 2010 devant un jury composé de :



M. Jean-Louis AUTIN, Professeur à l'Université Montpellier I, *Président*

M. Sébastien BERNARD, Professeur à l'Université Pierre Mendès France (Grenoble II), Doyen de la Faculté de Droit

M. Nicolas KADA, Professeur à l'Université Pierre Mendès France (Grenoble II)

Mme Martine LOMBARD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), *Rapporteur*

Mme Sophie NICINSKI, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), *Rapporteur*

Pour la présente édition, nous nous sommes efforcés de tenir compte des développements les plus récents qu'a connus la matière entre la date de la soutenance et celle de la remise à l'imprimeur (septembre 2011).

À Émilie

TABLE DES ABRÉVIATIONS

| | |
|-------------------------------|---|
| <i>AJCT</i> | <i>Actualité juridique - Collectivités territoriales</i> |
| <i>AJDA</i> | <i>L'Actualité juridique - Droit administratif</i> |
| <i>AR</i> | <i>Aperçu Rapide</i> |
| <i>BJCL</i> | <i>Bulletin juridique des collectivités locales</i> |
| <i>BJCP</i> | <i>Bulletin juridique des contrats publics</i> |
| <i>Bull. civ.</i> | <i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i> |
| | <i>Parties I à III : chambres civiles</i> |
| | <i>Partie IV : Chambre commerciale et financière</i> |
| | <i>Partie V : Chambre sociale</i> |
| <i>Bull. Crim.</i> | <i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i> |
| <i>Bull. Joly</i> | <i>Bulletin Joly Sociétés</i> |
| <i>CC</i> | <i>Conseil constitutionnel</i> |
| <i>Cass. civ.</i> | <i>Chambres civiles de la Cour de cassation</i> |
| <i>Cass. crim.</i> | <i>Chambre criminelle de la Cour de cassation</i> |
| <i>Cass. soc.</i> | <i>Chambre sociale de la Cour de cassation</i> |
| <i>CCC</i> | <i>Contrats concurrence consommation</i> |
| <i>CDE</i> | <i>Cahiers de droit de l'entreprise</i> |
| <i>CE</i> | <i>Conseil d'État</i> |
| <i>CGCT</i> | <i>Code général des collectivités territoriales</i> |
| <i>CJCE</i> | <i>Cour de Justice des Communautés européennes</i> |
| <i>CJUE</i> | <i>Cour de Justice de l'Union européenne</i> |
| <i>CMP</i> | <i>Code des marchés publics</i> |
| <i>Contrats Marchés publ.</i> | <i>Contrats et Marchés publics</i> |
| <i>CRC</i> | <i>Chambre régionale des comptes</i> |
| <i>CTC</i> | <i>Chambre territoriale des comptes</i> |
| <i>D.</i> | <i>Dalloz</i> |
| <i>Doc. fr.</i> | <i>Documentation française</i> |
| <i>Dr Adm.</i> | <i>Revue de droit administratif</i> |
| <i>Dr Sociétés</i> | <i>Revue de droit des sociétés</i> |
| <i>EDCE</i> | <i>Études et documents du Conseil d'État</i> |
| <i>EFE</i> | <i>Éditions formation professionnelle</i> |
| <i>GACE</i> | <i>Grands avis du Conseil d'État</i> |
| <i>GAJA</i> | <i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> |
| <i>Gaz. Pal.</i> | <i>Gazette du Palais</i> |
| <i>JCP ACT</i> | <i>La semaine juridique, Juris-classeur périodique. Édition Administration et Collectivités territoriales</i> |
| <i>JCP CTI</i> | <i>La semaine juridique, Juris-classeur périodique. Édition Collectivités territoriales et Intercommunalité</i> |

| | |
|--------------------------|--|
| <i>JCP E</i> | <i>La semaine juridique, Juris-classeur périodique. Édition Entreprise et Affaires</i> |
| <i>JCP G</i> | <i>La semaine juridique, Juris-classeur périodique. Édition Générale</i> |
| <i>JCP NI</i> | <i>La semaine juridique, Juris-classeur périodique. Édition Notariale et Immobilière</i> |
| <i>J. Cl.</i> | <i>Jurisclasseur</i> |
| <i>JOAN</i> | <i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i> |
| <i>JOCE</i> | <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> |
| <i>JORF</i> | <i>Journal officiel de la République française</i> |
| <i>JOUE</i> | <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> |
| <i>Leb.</i> | <i>Recueil Lebon</i> |
| <i>LGDJ</i> | <i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i> |
| <i>LOD</i> | <i>Lettre d'observations définitives</i> |
| <i>LPA</i> | <i>Les petites affiches</i> |
| <i>Mél.</i> | <i>Mélanges</i> |
| <i>Mon. TP</i> | <i>Le Moniteur des Travaux Publics</i> |
| <i>PUAM</i> | <i>Presses universitaires d'Aix-Marseille</i> |
| <i>PUF</i> | <i>Presses universitaires de France</i> |
| <i>PUG</i> | <i>Presses universitaires de Grenoble</i> |
| <i>PUS</i> | <i>Presses universitaires de Strasbourg</i> |
| <i>RDP</i> | <i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i> |
| <i>Rec.</i> | <i>Recueil Lebon</i> |
| <i>Rec. CJCE</i> | <i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance des Communautés européennes</i> |
| <i>Rec. CJUE</i> | <i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Tribunal de première instance de l'Union européenne</i> |
| <i>Rep. Min.</i> | <i>Réponse ministérielle</i> |
| <i>Rev. contrats</i> | <i>Revue des contrats</i> |
| <i>Rev. Droit immob.</i> | <i>Revue de droit de l'immobilier</i> |
| <i>Rev. pr. coll.</i> | <i>Revue des procédures collectives</i> |
| <i>Rev. sc. crim.</i> | <i>Revue des sciences criminelles</i> |
| <i>Rev. Sociétés</i> | <i>Revue des sociétés</i> |
| <i>RDI</i> | <i>Revue de droit immobilier</i> |
| <i>RDDS</i> | <i>Revue de droit sanitaire et social</i> |
| <i>RFAP</i> | <i>Revue française d'administration publique</i> |
| <i>RFC</i> | <i>Revue française de comptabilité</i> |
| <i>RFDA</i> | <i>Revue française de droit administratif</i> |
| <i>RFFP</i> | <i>Revue française de finances publiques</i> |
| <i>RGCT</i> | <i>Revue générale des collectivités territoriales</i> |
| <i>RIDC</i> | <i>Revue internationale de droit comparé</i> |
| <i>RIDE</i> | <i>Revue internationale de droit économique</i> |
| <i>RJDA</i> | <i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i> |
| <i>RJEP</i> | <i>Revue juridique de l'économie publique</i> |
| <i>RMUE</i> | <i>Revue du Marché commun et de l'Union européenne</i> |
| <i>ROD</i> | <i>Rapport d'observations définitives</i> |

| | |
|-------------------|--|
| <i>RTD com</i> | <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i> |
| <i>S.</i> | <i>Recueil Sirey</i> |
| <i>SA</i> | <i>Société anonyme</i> |
| <i>Sect.</i> | <i>Section du contentieux du Conseil d'État</i> |
| <i>Sous-sect.</i> | <i>Sous-sections réunies du Conseil d'État</i> |
| <i>SAEM(L)</i> | <i>Société anonyme d'économie mixte (locale)</i> |
| <i>SAIEM(L)</i> | <i>Société anonyme immobilière d'économie mixte (locale)</i> |
| <i>SEM(L)</i> | <i>Société d'économie mixte (locale)</i> |

SOMMAIRE

INTRODUCTION

- I. Approche historique
- II. Objet de l'étude
- III. Champ de l'étude
- IV. Problématique

PREMIÈRE PARTIE

L'APPROPRIATION RÉUSSIE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

TITRE 1: L'INTÉGRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

- Chapitre 1. L'adaptation de la représentation des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales
- Chapitre 2. L'adaptation des relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales¹

TITRE 2: LA DOMINATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SUR LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES¹

- Chapitre 1. La détermination de l'objet social des sociétés d'économie mixte locales
- Chapitre 2. La maîtrise de l'organisation des sociétés d'économie mixte locales
- Chapitre 3. Le renforcement des contrôles sur les sociétés d'économie mixte locales

SECONDE PARTIE

L'UTILISATION PERFECTIBLE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

TITRE 1: LA PRÉDOMINANCE D'UNE APPROCHE ORGANIQUE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE

- Chapitre 1. Le développement de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales
- Chapitre 2. Les contournements de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales

**TITRE 2: LA NÉCESSITÉ D'UNE APPROCHE RELATIONNELLE
DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE**

Chapitre 1. Le dépassement des obligations de transparence
dans les relations avec les collectivités territoriales

Chapitre 2. L'extension des obligations de transparence aux relations
avec des tiers

CONCLUSION

INTRODUCTION

1. L'économie mixte locale est souvent présentée comme le résultat d'une alchimie entre deux milieux opposés, celui des collectivités territoriales et celui des affaires. Le précipité obtenu, la société d'économie mixte locale, serait une solution d'équilibre, à mi-chemin entre les sphères publique et privée, auxquelles elle emprunterait des caractères. Dotée d'une personnalité morale, elle demeure pourtant sous l'emprise des collectivités territoriales. Elle illustre ainsi la tension liée à la superposition de caractéristiques difficilement compatibles au sein d'une structure de droit privé. Véritable *Chat de Schrödinger*¹, elle présente une simultanéité d'états rendant son appréhension délicate.

2. L'équilibre de l'économie mixte locale demeure précaire et les relations des sociétés avec les collectivités territoriales sont constamment réajustées. Ainsi, lorsque le Conseil d'État assimile les apports financiers des collectivités à des aides publiques, le législateur crée un mécanisme d'avances en comptes courants d'associés inspiré du droit des sociétés. Au contraire, lorsque le juge communautaire souligne cette autonomie pour refuser d'assimiler les sociétés à des prestataires intégrés aux collectivités, le législateur cherche un nouvel équilibre. Il est tenté, d'une part, de renforcer la place des collectivités au sein de la société pour en asseoir la domination. Il les autorise à en devenir les uniques actionnaires, quitte à dépasser le modèle classique fondé sur la mixité du capital social. Mais il s'interroge, d'autre part, sur l'opportunité de permettre aux collectivités de créer des sociétés dont elles ne détiendraient qu'une participation minoritaire, pour renforcer le partenariat entre les secteurs public et privé. L'idée d'une superposition d'états des sociétés d'économie mixte locales se concilie difficilement avec la nécessité de leur appliquer un régime juridique déterminé.

3. Les évolutions actuelles des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales répondent aux réflexions européennes relatives à l'émergence d'un nouveau mode de collaboration institutionnalisé entre le secteur public et le secteur privé, en marge du contrat de partenariat². Les sociétés d'économie mixte locales sont ainsi de plus en plus concurrencées par de nouveaux instruments permettant une intervention des collectivités territoriales dans le domaine

1. L'expérience du *Chat de Schrödinger* illustre le paradoxe de la superposition d'états, selon lequel un élément peut présenter simultanément deux états physiques différents et apparemment incompatibles (dans le cas du *chat*, mort et vivant). Sur l'expérience, cf. SCHRÖDINGER (E) - *Physique quantique et représentation du monde* - Paris, Le Seuil, 1992, 184 p.

2. Sur le partenariat public-privé contractuel, cf., notamment, MULLER (É) - Les instruments juridiques des partenariats public-privé - Thèse, Université Strasbourg, 2009, 679 p. ; NICINSKI (S) - *Droit public des affaires* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 1270-1325.

économique³ : les sociétés publiques locales à capitaux intégralement publics⁴ et les partenariats public-privé institutionnalisés au sens du droit de l'Union européenne⁵. Leur attrait est indéniable, comme le soulignent les statistiques établies par la *Fédération des entreprises publiques locales* depuis 2009 : sur les 159 projets de création de société recensés, plus de 70 % portent sur des sociétés à capitaux intégralement publics, alors que seulement 30 % visent à créer une société à capitaux mixtes⁶. Cette concurrence doit cependant être relativisée. Outre que les sociétés publiques locales ne permettent pas, au sens strict, un partenariat public-privé, les partenariats public-privé institutionnalisés n'ont pas d'existence juridique, le Conseil d'État ayant émis de fortes réserves à leur égard⁷. Il convient dès lors de s'interroger plus en profondeur sur les avantages inhérents aux sociétés d'économie mixte locales, qui permettent de les distinguer des autres formes qualifiées de partenariales. Si le vocable est modernisé, la réalité n'en demeure pas moins ancienne, car les sociétés d'économie mixte locales françaises sont une forme d'institutionnalisation d'un partenariat public-privé. Dépassant la simple coopération contractuelle, elles permettent d'en pérenniser les effets dans une structure *ad hoc*. La compréhension de ces relations, en particulier quant à l'institutionnalisation d'un véritable partenariat public-privé, est un préalable nécessaire à l'appréciation de leur pérennité. Elle nécessite de les replacer dans le contexte du développement de l'interventionnisme économique des collectivités territoriales. Après avoir délimité l'approche historique de l'étude (Section 1), seront envisagés son objet (Section 2), son champ (Section 3) et enfin la problématique retenue (Section 4).

I. APPROCHE HISTORIQUE

4. L'économie mixte locale plonge ses racines dans une approche colbertiste de l'interventionnisme public. Mais avant de connaître un essor important au niveau local, l'économie mixte a d'abord été l'apanage de l'État. Pour Colbert, l'État ne devait pas suppléer le secteur privé en prenant directement en charge des pans entiers de l'économie, mais plutôt l'assister pour qu'il puisse se développer⁸. Le plus souvent, le rôle de l'État se limite à la réunion des conditions économiques favorables à l'investissement privé. Dans un certain nombre de cas

3. Pour un aperçu général, cf. KARPENSCHIF (M) - SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnels (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? - *JCP ACT*, sept. 2009, étude 2230.

4. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès, *AJDA*, 2010, p. 1759 et s., note Nicinski, *RLCT*, 2010, n° 60, Dossier spécial.

5. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, Communication C(2007)6661 final, *Contrats Marchés publ.*, mars 2008, repère 3, comm. Llorens et Soler-Couteaux. Sur la notion, cf., notamment, AUBY (J-B) - Partenariats public-privé institutionnalisés - *Dr. Adm.*, fév. 2010, repère 2 ; MULLER (É) - Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? - *Contrats et marchés publ.* - février 2010, étude 2.

6. Source : www.lesepl.fr

7. CE Avis, Sect. administration, 1^{er} décembre 2009, n° 383.264, *Rapport public du Conseil d'État*, *EDCE*, 2010, p. 353 et s., *Contrats et Marchés publ.*, 2010, Étude 11, note Hoepffner.

8. Cette politique est résumée par l'image de la « béquille », employée par Colbert : l'État incite à la création de manufactures dites privilégiées, bénéficiant d'une protection de leurs marchés et de subventions. En échange de cette assistance directe - par le biais d'allocations fournies par le Trésor - ou indirecte - par l'aide au débauchage et au recrutement d'ouvriers étrangers spécialisés, le don de terrains ou encore les commandes massives, assurant la stabilité de la production, il instaure un

cependant, l'intervention dans le fonctionnement de l'entreprise est telle qu'elle préfigure l'économie mixte. Dans ces hypothèses, l'État consent à racheter les bâtiments de l'entreprise, à en rénover l'outillage, et place leur administration directement sous son autorité. Toutefois, il maintient une distinction entre les aspects organisationnels et productifs, refusant par exemple de recruter les personnels techniques. Les ouvriers ont ainsi accès à une structure de production, mais demeurent payés directement par les commanditaires, en fonction de leur travail. La manufacture offre un cadre public permettant la collaboration entre le secteur étatique et le secteur marchand⁹.

5. Les premières expériences d'économie mixte ont été réalisées dans le domaine colonial, suite aux difficultés économiques rencontrées par les investisseurs privés pour le développement des principales compagnies coloniales. La Compagnie des Indes orientales est un exemple topique de l'émergence de l'économie mixte. En 1664, plusieurs entreprises coloniales déficitaires sont reprises par une seule compagnie, sous l'impulsion directe du Roi. Ce dernier en rédige les statuts, permet la réunion de l'épargne privée et surtout souscrit et fait souscrire à la Reine et à la Cour le complément nécessaire à l'existence de l'entreprise. Paré des attributs du « Roi actionnaire »¹⁰, Louis XIV exerce alors un contrôle étroit de la société, allant de la nomination des directeurs à sa gestion effective¹¹. La Compagnie des Indes orientales préfigure la société d'économie mixte en ce qu'elle associe, au sein d'une société de droit commun, des capitaux publics et privés, sous l'étroit contrôle des personnes publiques. Elle en préfigure également les limites, la compagnie n'étant plus une entreprise, « c'est-à-dire un organisme vivant, indépendant, plein d'ingéniosité et d'initiative, mais un bâtard, trop faible pour agir seul, trop surveillé pour être libre de ses mouvements et qui réunit en soi toutes les causes d'insuccès : toutes celles de l'État et toutes celles de la compagnie »¹². Ce jugement, sans doute excessif, souligne cependant les ambiguïtés inhérentes à l'idée même d'économie mixte.

6. Le XIX^e siècle permet l'émergence progressive des collectivités territoriales – principalement les communes, mais également les départements – dans le domaine économique, même si l'intérêt économique n'est pas la finalité première de leurs interventions. Inspirée des principes révolutionnaires libéraux, la liberté du commerce et de l'industrie proscriit la prise en charge d'activités économiques par les personnes publiques¹³. L'intervention des collectivités dans le domaine

contrôle de leur fonctionnement, les plaçant sous son influence directe (GUÉRY (A) - *Industrie et colbertisme ; origines de la forme française de la politique industrielle ? - Histoire, économie et société*, 1989, Vol. 3, p. 304).

9. Ce n'est qu'à la Révolution que, contrairement aux idéaux prônant la liberté du commerce et de l'industrie, certaines manufactures royales furent rattachées à la Liste civile, puis au domaine de l'État. Pour une illustration, appliquée aux manufactures royales des Gobelins et de la Savonnerie, cf. BOISSONNADE (P) - *Colbert - Colbert, le triomphe de l'étatisme, fondation de la suprématie industrielle de la France, dictature du travail (1661-1683)* - Paris, Rivière, 1932, p. 63-66 ; GERSPACH (É) - *La Manufacture nationale des Gobelins* - Paris, Delagrave, 1892, p. 11-27.

10. BREDIN (J-D) - *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé* - Paris, LGDJ, 1957, p. 16.

11. Il se comporte même en actionnaire capricieux, violant les statuts, prorogeant ses délais de versement au capital et contraignant les actionnaires privés à verser davantage que leurs souscriptions initiales.

12. CHAILLEY-BERT (J) - *Les compagnies de colonisation sous l'ancien régime* - Paris, A. Colin, 1898, p. 76.

13. Les libertés économiques ont été progressivement dégagées par les textes révolutionnaires, et, en particulier, la loi des 2-17 mars 1791 (connue sous le nom de « décret d'Allarde ») et la loi des 14-17 juin 1791 (dite « loi Le Chapelier »). Pour J.-L. Cail, « une longue tradition juridique

économique se développe pourtant progressivement, en se fondant sur des objectifs philanthropiques et de bienfaisance¹⁴. Les collectivités commencent à utiliser des structures *ad hoc* pour porter ces interventions. En particulier, le recours à l'association apparaît comme un moyen efficace pour réaliser certaines activités non dépourvues d'incidences sur le secteur économique¹⁵.

7. Les débuts de la III^e République favorisent le développement d'un important interventionnisme dans le secteur économique local¹⁶. Les collectivités ne se contentent plus d'œuvres de bienfaisance et, sous couvert d'un socialisme municipal, exercent de plus en plus d'activités économiques en régie¹⁷. Rappelant la prééminence des principes révolutionnaires, au premier rang desquels la liberté du commerce et de l'industrie, M. Hauriou s'insurgeait alors, au motif que « la richesse économique n'est pas un besoin public, mais au contraire un besoin privé », relevant par définition du seul secteur privé¹⁸. Prenant le relais de cette conception restrictive de l'intérêt public, le Conseil d'État la subordonne à l'exis-

oppose intérêt financier et Administration, traduisant l'idée selon laquelle un objet et une finalité lucratifs sont incompatibles avec l'essence même de la fonction administrative » (*in* - Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative - *Études de finances publiques. Mélange en l'honneur de M. le professeur Paul Marie Gaudemet*, Paris, Economica, 1984, p. 335). Pour une remise en perspective des principes économiques et de l'évolution de leur acception, *cf.*, not., KOVAR (J-P) - Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? - *Dr. Adm.*, 2007, étude 18, LOMBARD (M) - 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte - *RJEP*, 2011, repère 2.

14. Au début du XIX^e siècle, la lutte contre la mendicité conduit à la généralisation des ateliers de charité, dans lesquels les mendiants étaient tenus de se rendre, et pour y être employés (décret du 5 juillet 1808) - par exemple, le dépôt de la Côte-d'Or est spécialisé dans le filage de la laine (GODECHOT (J) - *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire* - Paris, PUF, 1951, p. 609-612). Sur la place de la bienfaisance et de la philanthropie dans le processus de développement de l'Administration après la Révolution, *cf.* LEGENDRE (P) - *Trésor historique de l'État en France : l'Administration classique* - Paris, Fayard, 1992, p. 253-261.

15. L'exemple du restaurant sociétaire de la *Ville de Grenoble* est particulièrement topique. Constitué sous la forme d'une association venant en aide aux ouvriers démunis, le restaurant dissimule mal l'implication des membres du conseil municipal, au premier rang desquels Frédéric Taulier, maire de la ville. La commune a alors une très grande emprise sur l'association, lui fournissant notamment un local et des subventions. La création de cette institution brouille la ligne de partage clairement établie entre les activités relevant de la puissance publique et celles devant rester dans le secteur privé. En particulier, « la conjonction du caractère sociétaire et municipal du restaurant rend son interprétation ambiguë pour les contemporains qui ne parviennent pas à le situer, ni dans la catégorie des œuvres de bienfaisance, ni dans celle des établissements commerciaux » (LHUISSIER (A) - Le restaurant sociétaire de Grenoble sous la Seconde République. De l'initiative politique à l'institution réformatrice - *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 2003, en part. n° 12 et n° 26-27). Les critiques portaient, à titre principal, sur la nature de ses relations avec la commune, et non sur ses activités. La question débattue était celle de la légitimité d'une intervention mettant en péril les finances publiques locales dans un domaine proche d'une activité économique. Cette association permettait la rencontre de capitaux publics et privés au sein d'une structure *ad hoc* et dans une finalité d'intérêt général autre que la recherche immédiate d'un profit économique.

16. En particulier, les lois du 10 août 1871 pour les départements, et 5 avril 1884 pour les communes ont reconnu la compétence propre des collectivités pour gérer les affaires de leur collectivité, sous la tutelle du préfet.

17. En particulier, les collectivités se détournent du mécanisme de la concession et lui préfèrent la régie, dans des domaines tels que la distribution de l'eau, du gaz, de l'électricité, les transports urbains, le chauffage urbain ou la collecte des ordures ménagères. Sur le socialisme municipal, *cf.*, notamment, LEGENDRE (P) - *op. cit.* - p. 329-330 et p. 366-367 ; BIENVENU (J-J), RICHER (L) - Le socialisme municipal a-t-il existé ? - *Revue historique de droit français et étranger*, 1984, p. 205 et s. ; GUÉRARD (S) - Socialisme municipal et économie mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte. Approche pluridisciplinaire Droit public et Droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 121 et s.

18. HAURIOU (M) - Note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac* - S., 1900, III, p. 49.

tence de « circonstances exceptionnelles »¹⁹, d'une gravité telle qu'elles ne recouvraient en pratique que les cas de guerre déclarée²⁰. Pour pouvoir exercer une action dans le secteur économique, les collectivités publiques n'avaient, le plus souvent, d'autres recours que le service de concessionnaires. Elles ne pouvaient s'affranchir des difficultés pratiques engendrées par le procédé contractuel²¹. Pour autant, la délégation contractuelle de la gestion d'une activité d'intérêt général à un tiers présentait également des incertitudes pour les collectivités publiques, celles-ci perdant la maîtrise de la réalisation de la mission²².

8. Replacée dans son contexte historique, l'autorisation pour les collectivités territoriales de prendre des participations dans le capital de sociétés commerciales ne se réduit pas à un simple « procédé relativement contemporain » de la première guerre mondiale²³, même si c'est à cette époque que sont formalisées les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Elle a cependant provoqué un regain de l'intervention des personnes publiques dans le secteur économique, tant pour suppléer les carences de l'initiative privée (principalement en matière de ravitaillement) que pour orienter l'industrie dans le sens des besoins de la défense nationale. Ce « capitalisme de guerre »²⁴ n'a pas cessé avec celle-ci et les pouvoirs publics ont maintenu leurs activités de ravitaillement, parallèlement au processus de reconstruction²⁵. La forme de cette collaboration restait cependant à définir et à encadrer.

9. Dans les années 1920, le législateur a cherché une voie médiane, entre la gestion directe et la concession. Inspiré par les exemples belge²⁶ et allemand²⁷,

19. CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333, *GAJA*, p. 51.

20. Cf. CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651, *GAJA*, p. 193 et s.

21. En terme de tarification du service, le Conseil d'État a été dans l'obligation de développer de nouvelles théories, telle que celle de l'imprévision, pour pouvoir concilier les impératifs publics avec les contraintes du procédé contractuel (cf., notamment, CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. 125, *GAJA*, p. 184 et s.).

22. De plus, la collectivité publique risquait d'être concernée financièrement, en particulier en cas d'application de la théorie de l'imprévision (cf. CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *idem*).

23. CHENOT (B) - *Droit public économique* - Paris, Les cours de droit, 1957-1958, p. 356.

24. LEGENDRE (P) - *op. cit.* - p. 367. Face à la situation de crise engendrée par la guerre, P. Legendre met en évidence « la débâcle des doctrines de l'État-gendarme ». L'analyse de la situation économique montre que « le pragmatisme l'emporta nécessairement, submergeant toute tradition » (*idem*, p. 103). La période 1914-1918 voit le renouveau des procédés d'intervention directe dans le domaine économique, tels que la régie (utilisée par exemple dès 1915 pour l'exploitation des voies ferrées d'intérêt local) ou de pilotage de celui-ci (par la mise en place de comités consultatifs d'action économique, constitués de comités départementaux et régionaux à partir de 1915). Sur le rôle des collectivités territoriales durant le conflit armé, cf., également, BERTHOUD (J) - L'évolution de l'économie mixte en France - *Rev. des sciences politiques*, 1938, p. 202 ; DELION (A) - L'histoire des SEM. Une progressive maturation institutionnelle - *Regards croisés sur l'économie mixte. Approche pluridisciplinaire Droit public et Droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 65.

25. M. Prieur note ainsi qu'après la guerre « les collectivités ont conservé l'habitude de gérer des intérêts purement économiques avec la collaboration des particuliers » (*op. cit.*, p. 23).

26. En Belgique, les lois des 28 mai 1884 et 24 juin 1885 créent la Société nationale des chemins de fer vicinaux, société anonyme dont le capital appartenait conjointement à l'État, aux provinces et aux communes, et seulement à titre accessoire aux particuliers. L. Rolland souligne la modernité du système belge, permettant la constitution de véritables entreprises publiques sous forme de sociétés d'économie mixte (*in* - L'État actionnaire. Rapport présenté au nom de la Commission de la Société d'Études législatives - *Bulletin de la Société d'Études Législative*, 1924, p. 60).

27. Les premières sociétés d'économie mixte locales apparues sur le territoire français ont été les sociétés alsaciennes et lorraines, créées en vertu de la loi allemande du 6 juin 1895 avant que ces territoires ne soient rattachés à la France. Dénommées *Stadtwerke*, elles offraient la possibilité pour

mais également par les premières tentatives d'économie mixte locale en matière sociale²⁸, il a autorisé les communes, les syndicats de communes, les départements et les établissements publics à prendre des participations, aux côtés de l'État, dans l'établissement d'usines hydroélectriques²⁹. Pour répondre aux difficultés de la reconstruction, les textes législatifs ont été de plus en plus nombreux à favoriser ces prises de participations de personnes publiques dans le capital de sociétés commerciales³⁰. L'économie mixte apparaît ainsi à la confluence entre action directe et action déléguée, entre gestion par une personne publique et gestion par une personne privée. Elle met en pratique l'idée d'une action concertée entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une structure dédiée.

10. La reconnaissance du procédé de l'économie mixte au profit des collectivités territoriales a été réalisée par deux décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926, adoptés par le gouvernement Poincaré après plusieurs tentatives infructueuses³¹. Devant les difficultés de réformer le droit de l'action économique

les collectivités territoriales d'y participer dans une proportion inférieure à 50 %. À titre illustratif, la Compagnie des transports strasbourgeois, créée en 1877, est devenue une société d'économie mixte locale dès 1912, avec la prise de participation municipale de plus de 51 % du capital social. L'attachement à l'économie mixte n'a pas cessé et, en 2010, les actionnaires publics détiennent près de 80 % du capital (pour une présentation de la société, cf. CRC Alsace, ROD 14 septembre 2004, *Compagnie des transports strasbourgeois (CTS)*). Pour une approche générale de sociétés d'économie mixte alsaciennes et mosellanes, cf. BURCKEL (J-C) - *La participation des collectivités publiques locales aux sociétés d'économie mixte. Aspects généraux et particularismes du droit applicable dans les départements du Rhin et de la Moselle* - Thèse Strasbourg, 1963, 185 p. ; Cour des comptes - *Sociétés d'économie mixte des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle - Rapport public annuel 1964* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1966, p. 79-83 et 187.

28. La loi du 12 avril 1906 sur les habitations à bon marché permettait aux communes, aux départements, aux bureaux de bienfaisance et aux hôpitaux d'acquiescer des actions dans les sociétés anonymes d'habitations à bon marché jusqu'à concurrence des deux tiers du capital (*Dalloz périodique*, 1906, 4, p. 119). Elle est complétée par la loi du 10 avril 1908 autorisant la participation, dans les mêmes conditions, dans le capital des sociétés de crédit immobilier (*Dalloz périodique*, 1908, 4, p. 55). Le domaine de la bienfaisance apparaît, encore une fois, précurseur de l'économie mixte, puisqu'il permettait la création d'entreprises publiques. Sur la participation des collectivités territoriales au capital de sociétés favorisant le logement social, cf. PELTIER (M) - *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 114-116.

29. Article 23 alinéa 2 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, *JORF*, 18 octobre 1919, p. 11523.

30. Cf., à titre illustratif, la loi du 11 août 1920 autorisant l'établissement d'un réseau d'énergie électrique à haute tension dans les régions libérées ; la loi du 27 mai 1921 créant une société pour l'aménagement du Rhône, loi du 21 juillet 1921 sur les Messageries maritimes, loi du 19 juillet 1922 sur la création des réseaux de transport d'énergie électrique à haute tension ; la loi du 5 décembre 1922 sur les habitations à bon marché ; loi du 28 décembre 1923 autorisant la création d'une station marémotrice d'essai à l'Aber-Vrac'h (cf. BREDIN (J-D) - *op. cit.* - p. 18-19 ; LAPIE (P-O) - *Les entreprises d'économie mixte* - Thèse, Paris, 1925, p. 7).

31. Décret-loi du 5 novembre 1926, loi de décentralisation et déconcentration administrative, *JORF*, 7 novembre 1926, p. 11894 ; décret-loi du 28 décembre 1926, loi relative aux régies municipales réglementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière, *JORF*, 31 décembre 1926, p. 13742. Avant l'adoption des décrets-lois, il faut relever la proposition de loi du sénateur Chautemps du 2 décembre 1920 tendant à la généralisation, sur l'ensemble du territoire, de la législation applicable à l'Alsace et à la Moselle. Ces travaux s'appuient sur le travail de la Société d'études législatives sur l'État actionnaire et les problèmes juridiques que posait, tant pour l'État que pour les collectivités territoriales, l'actionnariat de sociétés commerciale (ROLLAND (L) - *op. cit.* ; LÉVY-ULMANN (H) - L'État actionnaire dans les législations étrangères. Rapport présenté au nom de la Commission de la Société d'études législatives - *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1924, p. 396 et s. ; ainsi que le compte rendu des débats en séances, *idem*, p. 91-109).

locale, le pouvoir réglementaire a profité du cadre offert par une loi d'habilitation pour procéder à une réforme dépassant le cadre tracé par la loi³². Les premières législations apparaissent rétrospectivement comme autant d'expérimentations à l'émergence d'un cadre général de l'économie mixte. Pourtant la portée des décrets-lois demeure limitée. L'économie mixte locale devait permettre l'implication des communes dans la fourniture de prestations de première nécessité aux populations, tels le ravitaillement ou le logement des personnes démunies³³. Mais seules les communes pouvaient prendre des participations dans le capital, qui devaient rester minoritaires et ne pouvaient être réalisées qu'après autorisation de l'autorité de tutelle³⁴. Apparaît également l'interdiction pour l'entreprise d'agir hors de la sphère de l'intérêt général, même si la notion n'est pas définie par les textes. La législation est incomplète, mais les bases des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont déterminées dès 1926. Les sociétés d'économie mixte locales sont présentées comme une structure de droit privé supportant une intervention publique dans le domaine économique, pour des finalités d'intérêt général.

11. L'objet principal des décrets-lois était de permettre aux communes d'assurer des missions à caractère industriel ou commercial en évitant d'une part le recours à la concession et, d'autre part, la création « d'organismes autonomes [risquant de] dresser en face du maire un pouvoir qui pourrait entrer en rivalité avec lui et compromettre la concorde indispensable au bon fonctionnement des services »³⁵. La société d'économie mixte locale est présentée comme une alternative tant aux régies directes – trop proches des collectivités – qu'aux établissements publics jugés trop indépendants des communes³⁶. Pour préserver cet équilibre, les communes ne peuvent pas en être les actionnaires majoritaires, « de peur de retomber dans la régie directe »³⁷. La personnalité morale de droit privé n'est pas suffisante pour garantir l'autonomie des sociétés.

12. Les réactions engendrées par les premières législations encadrant les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales révèlent les paradoxes de l'économie mixte. « Grosse innovation »³⁸, elle fragilise le paradigme de l'interdiction de l'action publique économique et son cantonnement au domaine social en permettant une action déléguée à un organisme dédié

32. La loi habilitait le gouvernement à procéder à un toilettage de l'organisation administrative en supprimant des institutions devenues inutiles. L'autorité réglementaire a profité de l'habilitation pour réaliser la première systématisation du régime de l'économie mixte locale. R. BONNARD relève ainsi que « l'esprit, sinon la lettre, de la loi du 3 août 1926 n'a guère été ici observée » et salue les deux textes, qui mettent en œuvre des réformes « victimes de l'impuissance parlementaire » (*op. cit.* - p. 276).

33. Une première disposition autorisait « l'intervention des communes, notamment par voie d'exploitation directe ou par simple participation financière dans les entreprises, même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet le fonctionnement des services publics, le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale, ou de réalisation d'améliorations urbaines ». Par la seconde mesure, les collectivités pouvaient « acquérir des actions ou des obligations dans des sociétés chargées d'exploiter les services communaux » (*cf.* les décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926, *op. cit.*).

34. La participation publique au capital de sociétés privées était limitée à 40 % et ne pouvait être réalisée qu'après autorisation préfectorale, ou, suivant les cas, des ministres de l'Intérieur ou des Finances (article 3 du décret du 28 décembre 1926).

35. BONNARD (R) - *op. cit.* - p. 282.

36. *Idem.*

37. PRIEUR (M) - *op. cit.* - p. 29. *Cf.*, également, BONNARD (R) - *op. cit.* - p. 283.

38. BONNARD (R) - *op. cit.* - p. 280.

et contrôlé par ses actionnaires publics³⁹. Elle demeure pourtant « un progrès timide »⁴⁰, car l'actionnariat public minoritaire fait douter, dans la pratique, de la domination de la société par la puissance publique. Les décrets-lois de 1926 établissent ainsi les bases des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, que les législations ultérieures tenteront d'affiner. Les évolutions successives de ce régime oscillent entre ces deux extrêmes. Sans revenir sur le paradoxe ontologique de l'économie mixte locale, les différentes réformes tentent de concilier les critiques récurrentes opposées aux relations et les fondements de l'interventionnisme public qu'elles impliquent.

13. L'expansion des sociétés d'économie mixte locales a été progressive. Elle résulte de l'approfondissement des relations entretenues avec les collectivités territoriales. À partir de 1955, l'économie mixte locale cesse d'être un mode d'insertion des collectivités publiques dans des sociétés privées, mais acquiert des qualités propres⁴¹. Les relations avec les collectivités territoriales sont développées et précisées : sont consacrés les élargissements du type de personne publique pouvant en être actionnaire⁴², du domaine d'intervention des sociétés⁴³ et du montant de la participation publique au capital social, autorisant les personnes publiques à en devenir les actionnaires majoritaires⁴⁴. Cette réforme détermine les caractéristiques majeures de l'économie mixte locale : maintien d'une structure de droit privé et contrôle renforcé de celle-ci par l'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales. Les sociétés d'économie mixte locales deviennent un moyen d'action indirecte des collectivités territoriales dans le secteur économique, empruntant des caractères tant aux modes d'action directe qu'aux modes d'action déléguée. De l'action directe se rapproche l'obligation pour les sociétés de réaliser des missions d'intérêt général ; de l'action déléguée l'obligation de recourir au contrat dans les relations avec les collectivités territoriales pour mettre en œuvre leur objet statutaire.

39. Le Conseil d'État a cependant marqué son attachement à une conception extensive de la liberté du commerce et de l'industrie en rappelant, dès 1930, que l'initiative privée demeure la règle et que « les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieux, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière » (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. 583., GAJA, p. 277 et s). Sur les conditions de l'action économique des personnes publiques par le biais des sociétés d'économie mixte locales, cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

40. CHÉRON (A) - *De l'actionnariat des collectivités publiques* - Paris, Sirey, 1928, p. 417.

41. Décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (participation financière ou exploitation directe), *JORF*, 21 mai 1955, p. 5073. L'adoption d'une réglementation générale n'a pas empêché l'essor de sociétés d'économie mixte locales spécifiques, au régime dérogatoire du droit commun, telles que les gares routières de voyageurs (loi du 20 mars 1951), les marchés d'intérêt national (décret du 30 septembre 1953), ou encore les sociétés d'aménagement de zones d'habitation et de zones industrielles (décret du 10 novembre 1954). Le développement d'une réglementation de droit commun n'interdit pas non plus le développement de sociétés au statut dérogatoire, telles que les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER, loi du 5 août 1960). Sur le principe de la participation des collectivités territoriales au capital de sociétés commerciales, cf. PELTIER (M) - *op. cit.*

42. Le décret étend la possibilité aux départements de créer ou de participer au capital de sociétés d'économie mixte locales. La possibilité pour les régions de participer à de telles sociétés sera reconnue par la loi du 7 juillet 1983.

43. Article 1^{er} du décret de 1955 (*op. cit.*) : elles peuvent avoir « pour objet la mise au point de projets, l'exécution de travaux présentant un caractère d'intérêt public ou l'exploitation de services publics, le ravitaillement ou le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale ainsi que la réalisation d'améliorations urbaines et rurales ».

44. Selon l'article 5 du décret de 1955 (*op. cit.*), la participation publique maximale peut être portée à un maximum de 65 % du capital social de l'entreprise.

14. L'utilisation de l'économie mixte locale par les collectivités territoriales a soulevé des difficultés juridiques dès les années 1960⁴⁵. La Cour des comptes a souligné, à de nombreuses reprises, que le cadre de leurs relations avec les collectivités territoriales souffrait d'un manque de clarté. De cette opacité résultaient de nombreux abus quant aux conditions du recours aux sociétés, pouvant avoir des répercussions importantes sur les finances publiques locales. En particulier, la Cour des comptes relevait en 1980 que « le cadre juridique dans lequel interviennent les sociétés d'économie mixte locales n'a pas fait l'objet d'une définition assez précise qui corresponde à leur caractère propre et à leur évolution récente »⁴⁶. Elle soulignait les dangers financiers engendrés par le recours trop systématique à ces sociétés dans le domaine de l'aménagement et de la construction. Ces difficultés étaient imputables à des erreurs de prévision et de gestion, mais également à des déficiences structurelles, telles l'inadaptation des procédures de financement et les incertitudes légales quant à la délimitation de l'objet social⁴⁷. Soumise à de nombreuses modifications⁴⁸, la réglementation applicable aux sociétés était devenue progressivement inefficace et ne permettait plus d'encadrer le développement important du recours à ces sociétés par les collectivités territoriales⁴⁹.

15. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales ont été réformées par la loi du 7 juillet 1983⁵⁰. Cette loi était rendue nécessaire par l'approfondissement de la décentralisation, la loi du 2 mars 1982 fixant un délai pour l'adoption d'un nouveau cadre général pour l'économie mixte locale⁵¹. Avec l'abandon de la tutelle, les collectivités territoriales n'avaient plus à

45. Pour un aperçu des « crises » de l'économie mixte locale, cf., notamment, DELION (A) - Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? - *RFDA*, 2005, p. 978-979.

46. Rapport annuel de la Cour des comptes pour 1980, *JORF*, 1981, p. 119.

47. En ce sens, cf. Cour des comptes - Ville de Paris. Les sociétés d'économie mixte - *Rapport public annuel 1962* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1964, p. 40-43 et 95 ; Cour des comptes - Sociétés d'économie mixte locales - *Rapport public annuel 1962* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1964, p. 55-59 et 114 ; Cour des comptes - Intervention des sociétés d'économie mixte et associations - *Rapport public annuel 1975* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1975, p. 80-84 ; Cour des comptes - Les sociétés d'économie mixte locales et les conséquences de leur gestion sur les finances des collectivités concédantes - *Rapport public annuel 1984* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1984, p. 154-161.

48. En ce sens, voir le décret n° 69-295 du 24 mars 1960 portant approbation des statuts types des sociétés anonymes d'économie mixte prévues à l'art. 395 du code de l'administration communale, à l'art. 3 du décret 55-579 du 20 mai 1955, à l'art. 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation et à l'art. 4 du décret 53-982 du 30 septembre 1953, *JORF*, 2 avril 1969, p. 3287 ; le décret n° 60-553 du 1^{er} juin 1960 portant approbation des statuts types des sociétés anonymes d'économie mixte visées à l'article 395 du code de l'administration communale, à l'article 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation et à l'article 4 du décret n° 53-982 du 30 septembre 1953, *JORF*, 12 juin 1960, p. 5312 ; la circulaire du 17 août 1964 relative aux règles applicables à la création, au fonctionnement et au contrôle des sociétés d'économie mixte, *JORF*, 6 septembre 1964, p. 8125 ou le décret n° 77-205 du 18 février 1977 portant approbation des modifications aux statuts types de certaines sociétés anonymes d'économie mixte constituées avec la participation des collectivités locales, *JORF*, 6 mars 1977, p. 1280.

49. La Fédération des entreprises publiques locales recensait moins de 10 sociétés d'économie mixte locales dans les années 1930, contre 608 en 1980 (source : www.lesepl.fr).

50. Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 modifiée relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099, *AJDA*, 1983, p. 596 et s., note Devès. Adoptée à l'unanimité, la loi de 1983 tendait à remédier au « maquis législatif et réglementaire » (BOURGUIGNON (P) - *Rapport sur le projet de loi relatif aux sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, n° 1489, Seconde session ordinaire 1982-1983, p. 5.).

51. Article 6 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF*, 3 mars 1982, p. 1730).

obtenir l'autorisation préfectorale pour créer de telles structures. La loi permettait, enfin, d'envisager les sociétés d'économie mixte locales comme de véritables outils à la disposition des collectivités territoriales. La loi de 1983 marque un effort de clarification du régime juridique des sociétés⁵². Le législateur place ainsi résolument les sociétés d'économie mixte locales dans la catégorie des sociétés commerciales⁵³, tout en imposant la détention de la majorité du capital social et des voix dans les organes délibérants par des collectivités territoriales⁵⁴. La réforme du 2 janvier 2002⁵⁵ confirme cette orientation : elle rapproche les collectivités du statut d'actionnaire, tout en renforçant la domination publique sur le fonctionnement des sociétés. La loi du 28 mai 2010 permettant la création de sociétés intégralement détenues par des collectivités territoriales tente de mener cette logique à son terme, en faisant des collectivités les uniques détenteurs des pouvoirs de direction au sein des sociétés⁵⁶. Ce faisant, elle rompt, dans sa logique du moins, avec l'idée d'un partenariat public-privé et privilégie l'émergence d'un partenariat public-public.

16. Les réformes successives de l'économie mixte locale adoptées depuis le début du XX^e siècle n'ont pas fondamentalement modifié la nature des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Elles constituent des correctifs au régime juridique des sociétés⁵⁷ et permettent de délimiter l'objet de l'étude.

II. OBJET DE L'ÉTUDE

17. Les sociétés d'économie mixte sont classiquement définies comme une structure permettant « l'association de la personne morale et des particuliers, des ressources publiques et des capitaux privés, en vue de gérer une entreprise qui, tout en étant d'intérêt général, ne laisse pas d'avoir un caractère nettement industriel ou commercial »⁵⁸. Les sociétés d'économie mixte locales sont généralement envisagées dans une perspective ontologique. Elles deviennent un objet d'étude autonome, et de nombreux travaux cherchent alors à déterminer dans quelle mesure l'économie mixte est soluble dans la commercialité : sociétés commerciales par leur forme⁵⁹, elles ne sauraient se limiter à ce cadre⁶⁰ et demeurent

52. Les dispositions des lois de 1983 et de 2002 ont été codifiées aux articles L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, et constituent le régime de droit commun de l'économie mixte locale.

53. Article L. 1522-1 1^o du code général des collectivités territoriales : « la société revêt la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce, sous réserve des dispositions du présent titre ».

54. Article L. 1522-1 2^o du code général des collectivités territoriales.

55. Loi n^o 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121, *AJDA*, 2002, p. 139 et s., note Devès, et *RFDA*, 2002, p. 923 et s., note Sestier.

56. Loi n^o 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès, *AJDA*, 2010, p. 1759 et s., note Nicinski, *RLCT*, 2010, n^o 60, Dossier spécial.

57. En ce sens, cf. DEVÈS (C) - La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2002, p. 140.

58. ROLLAND (L) - L'État actionnaire. Rapport présenté au nom de la Commission de la Société d'études législatives - *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1924, p. 59.

59. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, 498 p.

60. BREDIN (J-D) - *op. cit.* ; DURAND (G) - *op. cit.* ; LAPIE (P-O) - *op. cit.* ; NGUYEN QUOC (V) - *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales* - Paris, LGDJ, 1979, 320 p.

une structure interpénétrée des logiques publique et privée⁶¹. L'économie mixte locale doit cependant être replacée dans une perspective téléologique car elle est un moyen permettant aux collectivités territoriales d'accéder à une fin : la réalisation d'activités d'intérêt général. D'ailleurs le code général des collectivités territoriales se place dans cette logique, encadrant les circonstances dans lesquelles « les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent [...] créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques, pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général »⁶². Les caractéristiques principales de la société – majorité publique de la détention du capital et des sièges dans les organes délibérants, forme de société anonyme – apparaissent au second plan. Le code insiste davantage sur les liens entre les sociétés et les collectivités territoriales et la finalité du recours à ce type de structure.

18. L'idée de relations permet de saisir « l'existence de rapports de droit ou (et) de fait entre deux ou plusieurs personnes »⁶³. Elle trouve ses premières formulations dans la philosophie aristotélicienne des catégories, mettant l'accent sur l'idée de dépendance⁶⁴. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont imprégnées de cette idée de dépendance vitale, car il ne saurait exister de société sans la volonté (matérialisée par la participation) de la collectivité publique. Cependant, elles ne sauraient se limiter à cette approche, car le concept aristotélicien sous-entend une réciprocité comme fondement à la comparaison⁶⁵. Or, s'il est certain que la société d'économie mixte locale n'existe que par référence à ses actionnaires publics, l'inverse ne saurait être envisagé.

19. Les efforts successifs visant à préciser la notion de relation font apparaître qu'il n'en existe pas de définition propre, et qu'elle ne peut être appréhendée qu'en montrant comment elle fonctionne dans un contexte particulier⁶⁶. Pour A. de Morgan, il faut alors identifier les principales propriétés des relations. Celles-ci peuvent être réflexives (lorsqu'elles s'appliquent à un même élément), symétriques ou asymétriques (en fonction de leur réciprocité), ou transitives (lorsqu'il y a trois éléments et que le premier vaut le dernier)⁶⁷. Dans le domaine de l'économie

61. BRET (A) - *La société d'économie mixte* - Thèse, Université de Lyon, 1925, 218 p. ; MONSÉGUR (M) - *Aux confins du service public et de l'entreprise privée : les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte* - Toulouse, Imprimerie du sud, 1942, 595 p. ; TAGAND (R) - *Le régime juridique de la société d'économie mixte* - Paris, LGDJ, 1969, 249 p.

62. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

63. CORNU (G) - *Vocabulaire juridique* - Paris, PUF, 8^e éd., 2007, entrée sous « relation(s) ».

64. ARISTOTE - *Organon. I : Catégories, II : De l'interprétation* - Paris, Vrin, 1936, trad. Tricot. En ce sens, cf. la contribution de J. Ladrière à l'*Encyclopaediae Universalis*, sous l'entrée « relation ».

65. Selon Aristote, « on appelle relatives ces choses dont tout l'être consiste en ce qu'elles sont dites dépendre d'autres choses, ou se rapporter de quelque autre façon à autre chose : par exemple, le plus grand est ce dont tout l'être consiste à être dit d'une autre chose, car c'est de quelque chose qu'il est dit le double » (in *Catégories*, 7, 6a 36-6 b1). La relation est matérialisée par la comparaison, si bien que ce qui est dit plus grand ne peut l'être que par comparaison avec ce qui est dit plus petit. La relation fonctionne alors dans l'autre sens.

66. Cf., LALANDE (A) - *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* - Paris, Alcan, 1926, rééd. PUF, 2006, sous les entrées « rapport » et « relation ».

67. Sur la théorie de Morgan, cf. GANDON (S) - La théorie des rapports chez Augustus de Morgan - *Revue d'histoire des sciences*, 2009/1, p. 285 et s. ; REY (A) (dir.) - *Dictionnaire culturel* - Paris, Dictionnaire Le Robert, 2005, entrée sous l'entrée « relation ».

mixte locale, les relations sont matérialisées par les liens juridiques unissant les sociétés d'économie mixte locales aux collectivités territoriales. Il faut, dès lors, en préciser la nature pour comprendre leur importance dans la définition de ces sociétés. Le code général des collectivités territoriales met en exergue deux types de relations distinctes. Les sociétés sont, d'une part, caractérisées par la mixité de leur capital social détenu pour plus de la moitié par des collectivités territoriales⁶⁸. L'actionnariat majoritaire suppose qu'elles en sont les propriétaires et qu'elles influent sur leur organisation. Les sociétés sont, d'autre part, nécessairement créées pour réaliser des activités liées à la satisfaction de missions d'intérêt général, même si la notion souffre d'un manque de définition⁶⁹. Elles sont les partenaires des collectivités, et entretiennent des relations s'étendant au-delà de la simple participation financière dans une société commerciale. L'approche relationnelle permet de dépasser le seul cadre de l'actionnariat des collectivités⁷⁰ pour appréhender l'ensemble des rapports entretenus avec les collectivités territoriales.

20. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales diffèrent profondément de celles que peuvent entretenir les collectivités avec des sociétés de droit commun. Dans ce dernier cas, elles sont principalement de nature contractuelle, les collectivités n'ayant pas par principe le droit de prendre des participations dans le capital de sociétés commerciales⁷¹. Or les relations contractuelles sont par nature symétriques, car la société est autant le partenaire contractuel de la collectivité que la collectivité est le partenaire contractuel de la société, même si le contrat peut être déséquilibré. Au contraire, le code général des collectivités territoriales postule l'asymétrie des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Les collectivités territoriales en sont les actionnaires majoritaires et les sociétés sont créées pour exercer certaines activités. Il ne saurait exister de relations que dans la mesure où les collectivités territoriales choisissent de créer des sociétés d'économie mixte locales et de leur confier l'exécution de certaines activités.

21. Ainsi délimitée, la notion de relation permet de restreindre l'étude aux seules sociétés d'économie mixte locales, pour préserver l'homogénéité de l'objet de la recherche. La thèse s'écarte ainsi de l'optique retenue par les recherches sur les traits communs à toutes les entreprises du secteur public, qu'elles soient constituées sous la forme d'établissements publics industriels et commerciaux⁷² ou de sociétés commerciales⁷³, au niveau national⁷⁴ ou local⁷⁵. Ces travaux dépassent le cadre de la présente recherche puisque les sociétés d'économie mixte locales sont des entreprises publiques au sens de la jurisprudence administrative⁷⁶. Mais

68. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

69. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales. Sur la notion d'intérêt général appliquée aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

70. Cf. PELTIER (M) - *op. cit.*

71. Articles L. 2253-1 du code pour les communes, L. 3231-6 pour les départements et L. 4211-1 6° pour les régions.

72. Cf. DRAGO (R) - *Les crises de la notion d'établissement public* - Paris, LGDJ, 1950, 286 p.

73. Cf. CARTIER-BRESSON (A) - *L'État actionnaire* - Paris, LGDJ, 2010, 508 p.

74. Cf. VANNEAUX (M-A) - *Recherche sur un droit des relations financières État-entreprises publiques* - Thèse, Université de Lille II, 2005, 743 p.

75. Cf. PRIEUR (M) - *op. cit.*

76. Elles répondent aux critères jurisprudentiels des entreprises publiques constituées sous la forme de sociétés commerciales. Le Conseil d'État considère en effet que sont des entreprises publiques les sociétés dont les personnes publiques détiennent au minimum plus de la moitié du

elles ne sauraient relever de la catégorie des entreprises publiques nationales⁷⁷, pas plus qu'elles ne constituent à elles seules la catégorie des entreprises publiques locales. La comparaison avec les autres instruments de l'action économique locale – régions, établissements publics industriels et commerciaux, groupements d'intérêt public, associations para-administratives, sociétés publiques locales ou concessionnaires de droit privé – ne peut pas être écartée, même s'il ne s'agit pas de l'objet principal⁷⁸. Le choix de l'économie mixte locale est, au moins partiellement, guidé par des considérations tenant aux avantages et aux inconvénients de la formule.

22. L'étude des relations s'inscrit, en deuxième lieu, dans les problématiques du développement économique local et du renouvellement des techniques de l'intervention publique. Elle ne saurait pour autant s'affranchir des apports des travaux relatifs aux relations de l'État avec les entreprises publiques⁷⁹ ou à l'émergence d'un État actionnaire⁸⁰. Si la proximité juridique des sociétés d'économie mixte nationales et des sociétés d'économie mixte locales est évidente, en particulier car elles ont des fondements historiques communs et qu'elles sont le support d'une économie mixte⁸¹, l'économie mixte locale nécessite cependant une approche autonome. L'environnement local « porte la marque du système centralisé de notre système, qui se traduit par un fort encadrement des initiatives des collectivités locales »⁸², en particulier dans le domaine économique. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales contrastent avec l'empirisme dont sont imprégnées les relations de l'État avec les entreprises dont il est actionnaire⁸³. Tout d'abord, l'actionnariat public majoritaire est une condition de l'économie mixte locale⁸⁴, alors que l'État peut être actionnaire

capital social (CE Ass. 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la S.F.E.N.A.*, Rec. 436, RDP, 1983, p. 497 et s., note J.-M. Auby, *AJDA*, 1983, note Bazex, et chronique p. 2623). Sur la notion d'entreprise publique, cf., notamment, COLSON (J-P), IDOUX (P) - *Droit public économique* - Paris, LGDJ, 5^e éd., 2010, n° 1632-1667 ; DELION (A) - *Le droit des entreprises et participations publiques* - Paris, LGDJ, 2003, 253 p. ; NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 651-685.

77. DELION (A) - Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? - *RFDA*, 2005, p. 977 et s.

78. Pour une approche comparative, cf., en particulier, DEPORCQ (D) - Sociétés d'économie mixte et associations : entre souplesse et contention - *RFFP*, 1993, p. 63 et s. ; DURAND (G) - Établissement public local ou SEML ? Bref essai de comparaison juridique - *JCP E*, 1994, suppl. C.D.E. n° 3, p. 27 et s., DURAND (G) - La SEML, l'établissement public et la société publique locale d'aménagement - in *Les SEM en mutation, CP-ACCP*, oct. 2006, p. 31 et s.

79. Cf. VANNEAUX (M-A) - *op. cit.*

80. Cf. AUBERT (J-B) - *Un nouveau mode d'intervention des collectivités : l'État actionnaire. Les sociétés d'économie mixte* - Paris, Librairie technique et économique, 1937, 271 p. ; CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* ; DELION - *L'État et les entreprises publiques* - Sirey, 1959, 199 p.

81. Sur le rapprochement entre les sociétés d'économie mixte nationales et les sociétés d'économie mixte locales, cf. DELION (A) - Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? - *RFDA*, 2005, p. 977 et s. Sur le concept général d'économie mixte, et sa spécificité dans le domaine juridique, cf. ANTONA (F) - Le concept d'économie mixte en droit - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 31 et s. ; e DUFF (R) - De l'économie mixte à la gestion mixte, au management mixte ou à la gouvernance mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 23 et s.

82. CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* - n° 14.

83. Sur l'absence de définition législative des entreprises publiques, cf. COLSON (J-P), IDOUX (P) - *op. cit.* - n° 1612-1622. D'ailleurs, M.-A. Vanneaux précise qu'elles « présentent des particularités telles qu'elles justifieraient une étude propre » (*op. cit.* - p. 9).

84. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

minoritaire de sociétés d'économie mixte. Ensuite, la détention de la majorité des voix dans les organes délibérants est une condition d'existence des sociétés d'économie mixte locales⁸⁵ alors qu'elle n'est qu'un indice de l'appartenance d'une entreprise au secteur public national⁸⁶. Enfin, l'exercice d'une activité d'intérêt général est un élément constitutif des premières⁸⁷ alors qu'elle n'a jamais été exigée des secondes⁸⁸. Les sociétés d'économie mixte locales se distinguent ainsi par l'encadrement législatif strict de leurs relations avec les actionnaires majoritaires. À l'inverse des sociétés d'économie mixte nationales, qui constituent souvent – mais pas uniquement – une structure temporaire permettant une nationalisation ou une privatisation de la gestion d'une activité⁸⁹, les sociétés d'économie mixte locales ont une identité pérenne. Elles sont généralement créées pour les attraits de la formule. Les travaux sur les relations de l'État avec les sociétés d'économie mixte ne peuvent être qu'un préalable à une approche autonome des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales.

23. En troisième lieu, l'analyse des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales suppose que soit définie avec précision la notion de société d'économie mixte locale. Le code général des collectivités territoriales distingue les sociétés soumises au régime de droit commun issu des articles L. 1521-1 et suivants de celles qui en sont exclues explicitement⁹⁰ ou en raison de leur régime législatif dérogatoire⁹¹. L'étude ne porte pas, à titre princi-

85. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

86. CE Ass. 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la S.F.E.N.A.*, *op. cit.*

87. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

88. Pour qu'il y ait entreprise, il faut que l'activité de celle-ci soit de nature industrielle ou commerciale. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il s'agisse, en outre, d'une activité d'intérêt général (cf. COLSON (J-P), IDOUX (P) - *op. cit.* - n° 1607).

89. Les sociétés d'économie mixte sont utilisées principalement lors des phases d'extension ou de respiration du secteur public. Elles permettent ainsi la nationalisation d'entreprises existantes (par exemple lors de la nationalisation du secteur bancaire en 1982). Plus souvent encore, elles sont utilisées pour permettre un passage progressif de l'entreprise du secteur public au secteur privé (pour un aperçu général, cf. COLSON (J-P), IDOUX (P) - *op. cit.* - n° 1664-1167). L'exemple de Gaz de France est topique : d'établissement public industriel et commercial, l'entreprise a été transformée en société d'économie mixte à capitaux publics majoritaire par la loi du 9 août 2004, puis a été privatisée, sur le fondement de la loi du 7 décembre 2006, par sa fusion avec Suez, courant 2008. Elle conserve néanmoins son caractère de société d'économie mixte, l'État détenant 35,6 % du capital au 31 décembre 2008 (DELION (A), DURUPTY (M) - EDF et GDF : transformation en sociétés et autres faits d'actualité - *RFAP*, n° 111, 2004, p. 585-590 ; DELION (A), DURUPTY (M) - La fusion de Gaz de France et de Suez - *RFAP*, n° 126, 2008, p. 438-442 ; LOMBARD (M) - Interrogations d'un juriste sur les ambiguïtés de GDF SUEZ - *RJEP*, août 2009, étude 9).

90. L'article L. 1525-3 du code général des collectivités territoriales exclut du domaine de la loi les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré et les sociétés de crédit immobilier visées par les articles L. 422-2 et L. 422-4 du code de la construction et de l'habitation ; les sociétés de financement régional ou interrégional ; les sociétés d'économie mixte d'outre-mer (régies par la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 tendant à l'établissement, au financement et à l'exécution de plans d'équipement et de développement des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer). Cependant, l'étude du régime de l'outre-mer ne saurait être abandonnée, leur fonctionnement étant très proche de celui des sociétés métropolitaines. Cette proximité conduit les juges administratif et financier à calquer en la matière des raisonnements souvent identiques à ceux adoptés à propos des sociétés du code général des collectivités territoriales.

91. Dans ces sociétés, la participation des collectivités territoriales est le plus souvent complémentaire (sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), sociétés d'intérêt collectif agricole (SICAE)), les sociétés exerçant une mission d'intérêt national (par exemple les sociétés pour la mise en valeur des régions). Le législateur crée, ponctuellement, ce genre de société en marge de la législation sur l'économie mixte locale. Il en est ainsi des sociétés d'économie mixte locales sportives,

pal, sur ces sociétés, en raison de la faiblesse de leur nombre et de la grande hétérogénéité de leurs statuts⁹². Les sociétés d'économie mixte locales créées en Alsace et en Moselle sous l'emprise de la législation allemande de la fin du XIX^e siècle ne sont également abordées qu'à titre secondaire. Elles présentent des spécificités permettant aux collectivités territoriales de s'affranchir d'un certain nombre de dispositions de la législation générale, dont l'obligation de détenir la majorité du capital social, la forme de société anonyme ou l'obligation d'avoir au minimum sept actionnaires⁹³. La loi du 7 juillet 1983 a mis fin, sur le principe, à l'existence de ce régime dérogatoire pour les nouvelles sociétés créées sur ces territoires⁹⁴. Il ne saurait toutefois être fait totalement abstraction de ces sociétés, spécialement lorsque leur caractère dérogatoire éclaire les forces ou les faiblesses du régime de droit commun de l'économie mixte locale. Par contre, la compréhension des relations ne peut être réalisée sans que soient abordées les relations des collectivités territoriales avec les sociétés publiques locales d'une part⁹⁵ et les partenariats public-privé institutionnalisés au sens européen d'autre part⁹⁶. Ces nouveaux instruments, souvent présentés comme des palliatifs aux défauts – réels ou supposés – des sociétés d'économie mixte locales, ne sont en effet pas exempts de défauts et la compréhension de leur fonctionnement s'avère indispensable pour pouvoir dresser un bilan complet de l'économie mixte locale.

créées par une loi du 29 octobre 1975, mais dont la disparition a été prévue par celle du 29 décembre 1999 (cf. PELTIER (M) - *op. cit.* - n° 55 ; Cour des comptes - *Les collectivités territoriales et les clubs sportifs professionnels. Rapport public thématique* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2010, p. 3). À l'inverse, la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux a créé des sociétés d'investissement pour le développement rural. Ces sociétés revêtent la forme de sociétés anonymes ou de sociétés par actions simplifiées au capital desquelles les collectivités territoriales peuvent participer sans limitations de montant (loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux, *JORF*, 24 février 2005, p. 3073). Enfin, le législateur a autorisé la création de sociétés publiques locales, intégralement détenues par des collectivités territoriales (loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL), *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès, *AJDA*, 2010, p. 1759 et s., note Nicinski, *RLCT*, 2010, n° 60, Dossier spécial).

92. Pour une analyse du régime juridique de ces sociétés, voir NGUYEN QUOC (V) - Institutions locales d'économie mixte - *op. cit.*, n° 137 et s. ; PELTIER (M) - *op. cit.*

93. Par exemple, la Société Gaz de Barr a été créée en 1864 sous la forme de société à responsabilité limitée. À la fin de la Première guerre mondiale, elle a été rachetée par la Ville de Barr (à hauteur de 51 % du capital) et la (CRC Alsace, ROD 20 août 2010, *Gaz de Barr*, p. 4).

94. Pour prendre en compte les particularismes locaux, l'article L. 2542-28, issu de la loi du 7 juillet 1983, n'impose la forme de société anonyme ni la participation publique majoritaire dans les sociétés d'économie mixte existant dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et créées en application de la loi du 6 juin 1895. La rédaction de cette disposition manque de clarté. Elle peut d'une part profiter à toutes les sociétés créées sur ces territoires. Cette interprétation semble prévaloir dans les travaux préparatoires de la loi (cf. GIROD (P) - *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif aux S.E.M.L.* - Paris, Sénat, n° 205, seconde session ordinaire de 1982-1983, p. 55) aussi bien que dans la jurisprudence (cf. TA Strasbourg, 23 février 1992, *Préfet de la Moselle c/ Commune d'Annéville*, Req. 923075 ; CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle c/ Commune d'Annéville*, *AJDA*, 1995, p. 237 et s., note Bizet et Devès). Elle peut d'autre part être interprétée de façon restrictive. La dispense de détention publique de la majorité du capital est dans ce cas réservée aux sociétés d'Alsace et de Moselle existantes à la date d'entrée en vigueur de la loi de 1983 ; c'est dans ce sens que tranche la circulaire du 16 juillet 1985 relative à l'information sur les conditions de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés d'économie mixte locales (*JORF*, 24 août 1985, p. 9785). Ces sociétés tendent, en toute hypothèse, à disparaître.

95. Loi du 28 mai 2010, *op. cit.*

96. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *op. cit.*

24. En dernier lieu, les relations des sociétés avec leurs actionnaires majoritaires sont privilégiées, les sociétés d'économie mixte locales étant conçues comme le support d'une action économique locale. Mais cela n'exclut pas d'envisager, d'une part, la place des actionnaires minoritaires dans le fonctionnement de la société et, d'autre part, les relations des sociétés avec des tiers. Ces éléments, qui ne sont pas directement liés à l'objet des recherches, permettent cependant d'éclairer, par contraste, les incidences des relations avec les collectivités territoriales sur le fonctionnement et l'activité des sociétés d'économie mixte locales.

25. Une fois l'objet de l'étude circonscrit aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, il faut en délimiter le champ.

III. CHAMP DE L'ÉTUDE

26. L'utilisation des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités s'inscrit dans le cadre des réflexions sur l'évolution des méthodes de la gouvernance publique⁹⁷, notamment par le développement de la contractualisation⁹⁸, de l'externalisation⁹⁹ et du partenariat¹⁰⁰. L'analyse relationnelle fait écho à des problématiques dépassant le seul cadre juridique et pouvant intéresser l'ensemble des sciences sociales. Par exemple, l'économie mixte locale s'insère dans les réflexions menées sur les notions de territoire, de ville et d'espaces urbains. Elle participe de l'émergence d'une identité urbaine propre, notamment lorsqu'elle devient le support des négociations entre les autorités locales et les groupes privés spécialisés dans l'aménagement¹⁰¹. De telles recherches, si elles permettent d'éclairer l'étude en évitant un trop grand cloisonnement et en replaçant les relations dans un contexte sociologique, ne peuvent cependant conserver qu'un caractère secondaire par rapport à l'approche juridique privilégiée. Au niveau méthodologique, un choix a été réalisé d'étendre les sources des recherches aux travaux des juges financiers et en particulier des chambres régionales et territoriales des comptes. Souvent délaissées, les observations des juges financiers sur le fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales et sur leurs relations avec les collectivités territoriales sont pourtant un gage de compréhension indispensable de la pratique de l'économie mixte locale¹⁰².

97. Cf. PASQUIER (R), SIMOULIN (V), WEISBEIN (J) (dir.) - *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories* - Paris, LGDJ, Droit et société, Vol. 44, 2007, 235 p. ; SEDJARI (A) (dir.) - *Partenariat public-privé et gouvernance future* - Paris, L'Harmattan, 2005, 525 p.

98. Cf. LUCHAIRE (Y) (dir.) - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelles* - Paris, L'Harmattan, 2006, 214 p. ; HECQUARD-THÉRON (M) - La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention - *AJDA*, 1993, p. 451 et s.

99. Cf. AUBY (J-B) - Problématiques de l'externalisation - *Dr. Adm.*, juin. 2008, repère 6 ; DREYFUS (J-D) - Externalisation et liberté d'organisation du service - *AJDA*, 2009, p. 1529 et s. ; LICHÈRE (F) - Externalisation et personnes publiques - *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n° 3, p. 66 et s.

100. Cf. HÉMERY (V) - Le partenariat, une notion juridique en formation ? - *RFDA*, 1998, p. 347 et s.

101. En ce sens, cf. MENEZ (F) - Le territoire au cœur des rapports publics privés : La Cité internationale de Lyon - *Géocarrefour*, 2006, vol. 81/2, p. 105 et s. ; NAKAYAMA (Y) - La construction de logements et les investissements d'équipement annexes des années 1930 au milieu des années 1960 - *Histoire urbaine*, 2008, n° 23, p. 55 et s.

102. Outre les références aux sociétés d'économie mixte locales contenues dans les différents rapports publics annuels et rapports publics thématiques de la Cour des comptes, les rapports d'observations définitives des chambres régionales et territoriales des comptes ont été systématiquement étudiées dès lors qu'était fait mention d'une société d'économie mixte locale, depuis l'année 2000. Ont

27. L'étude ne saurait être limitée à une approche purement interne, car elle se nourrit de la comparaison avec les entreprises publiques locales d'autres États européens, tout autant qu'elle subit l'influence du droit communautaire. La France figure parmi les pays ayant le plus grand nombre de sociétés d'économie mixte locales¹⁰³. Le paradoxe tient à ce que les relations des collectivités territoriales françaises avec les sociétés d'économie mixte locales font, à de nombreux égards, figure d'exception¹⁰⁴. L'approche comparative éclaire ainsi les débats internes relatifs à l'abandon des planchers et plafonds de participation publique. Elle ne saurait cependant être la seule source de compréhension de l'économie mixte locale, l'analyse relationnelle s'inscrivant de plus en plus largement dans le cadre communautaire.

28. L'influence du droit communautaire n'est pas propre aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales¹⁰⁵. Elle est cependant intéressante à observer dans le champ de celles-ci car le droit communautaire participe au phénomène d'homogénéisation des législations des différents États européens¹⁰⁶ et à l'émergence de nouvelles structures d'action publique économique, tels la société publique locale¹⁰⁷ et le partenariat public-privé institutionnalisé¹⁰⁸.

29. Les principes communautaires encadrant l'intervention des personnes publiques dans le domaine économique se concilient difficilement avec les relations

été en particulier utilisés les rapports concernant la gestion des sociétés d'économie mixte locales (au nombre d'environ 350 sur la période 2000-2010), ainsi que tous ceux ne concernant pas une société, mais dans lesquels était fait mention de relations entre l'organisme contrôlé et une telle société. Le choix de l'année 2000 n'a pas empêché une analyse plus ponctuelle de rapports antérieurs et a permis d'avoir une image assez fidèle de l'économie mixte locale telle qu'elle était régie par la loi du 7 juillet 1983 puis les modifications introduites par la réforme du 2 janvier 2002. Sur la nature des contrôles du juge financier sur les sociétés d'économie mixte locales, *cf. infra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 3.

103. Au 1^{er} janvier 2010, la Fédération des entreprises publiques locales recensait 1061 sociétés d'économie mixte locales (source : www.lesepl.fr). Elle figure ainsi au cinquième rang européen, presque à égalité avec la Grèce. Ce sont les États de tradition germanique qui créent le plus de sociétés d'économie mixte locales (3500 sociétés en Allemagne, 1450 en Autriche) avec la Suède (1750 sociétés). La France peut-être comparée à la Grèce (1196 sociétés) ou à l'Italie (963 sociétés). D'autres États, tels le Royaume-Uni (185 sociétés), l'Espagne (700), ou le Portugal (76) semblent moins attirés par la formule. Enfin, le niveau de développement dans les nouveaux États de l'Union européenne est assez disparate, la Pologne ayant 2400 sociétés tandis que la Slovaquie n'en comptabilise que 60. Pour une approche comparatiste, *cf.* VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne* - Paris, Dexia, 2004, p. 142-143.

104. La France est également le seul État à imposer un plafond de participation. (VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Idem*). De ce point de vue, la création des sociétés publiques locales par la loi du 28 mai 2010 n'apparaît pas comme une novation, la plupart des législations européennes permettant déjà aux collectivités territoriales d'être les uniques actionnaires des sociétés (en ce sens, *cf.* COS-SALTER (P) - La société publique locale : un outil répandu en Europe - *RD*, 2011, p. 730 et s.).

105. Pour une étude plus systématique des problématiques sous-tendant l'eupéanisation du droit, *cf.* AUBY (J-D) (dir.) - *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public* - Paris, Dalloz, 2010, 990 p. ; AUBY (J-B), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J) (dir.) - *Droit administratif européen* - Bruxelles, Bruylant, 2007, 1122 p. ; AUBY (J-D), DUTHEIL de la ROCHÈRE (J) - À propos de la notion de droit administratif européen. Introduction à l'ouvrage droit administratif européen - *RFAP*, 2007, p. 373 et s.

106. Sur le phénomène d'eupéanisation du droit, *cf.*, en particulier, AUBY (J-D) (dir.) - *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public* - *op. cit.* ; SCHWÄRZE (J) - *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen* - Bruylant, 2010, 366 p. ; AUBY (J-D), DUTHEIL de la ROCHÈRE (J) - À propos de la notion de droit administratif européen. Introduction à l'ouvrage droit administratif européen - *RFAP*, 2007, p. 373 et s.

107. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010.

108. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *op. cit.*

entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales. Le droit communautaire contribue au manque de cohérence du droit de l'économie mixte locale en reconnaissant, par exemple, la qualité d'actionnaire aux collectivités territoriales, tout en leur refusant certains attributs. Il exerce une influence directe sur les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, conduisant le législateur à adapter leur régime pour maintenir l'adéquation entre la finalité de l'économie mixte locale et ses modalités pratiques de réalisation. Ces aménagements peuvent être de faible importance, le législateur cherchant simplement à contourner ces contraintes. Ainsi, pour éviter la qualification systématique des avances de trésorerie en aides d'État, la loi du 2 janvier 2002 a créé un mécanisme d'avances en comptes courants d'associés inspiré du droit des sociétés. Dans d'autres hypothèses, les enjeux de l'adaptation au droit communautaire dépassent le simple aménagement. Ils conduisent le législateur à remettre en cause certains fondements de l'économie mixte locale, telle que la mixité du capital social, par la création de sociétés publiques locales¹⁰⁹.

30. L'enracinement historique de l'économie mixte locale n'est pas un gage de sa pérennité. L'ouverture vers d'autres systèmes et l'influence européenne favorisent des évolutions de plus en plus profondes de l'économie mixte locale. Celles-ci doivent être remises en perspective avec la problématique retenue pour l'approche des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales.

IV. PROBLÉMATIQUE

31. Lors des réformes successives de l'économie mixte locale, le législateur n'a pas tranché entre deux logiques opposées : celle de l'autonomisation des sociétés (logique pluraliste, prenant pleinement en compte l'indépendance statutaire des sociétés) ou celle de leur instrumentalisation (logique fonctionnaliste, les rapprochant de démembrements techniques des collectivités). La société d'économie mixte locale est-elle une société de droit commun, dont les collectivités territoriales sont les actionnaires¹¹⁰ ? Dans cette perspective, le rôle de l'actionnaire, fût-il public, ne saurait être surestimé car il ne fait que participer au fonctionnement d'une structure ayant son identité propre¹¹¹. Au contraire, la société n'est-elle qu'un outil à la disposition des collectivités territoriales, participant à la satisfaction de l'intérêt général ? Le rôle des collectivités territoriales ne peut alors être limité à celui d'actionnaires de sociétés commerciales et il importe que les relations entretenues avec les sociétés portent la marque de l'instrumentalisation de la société.

32. Le refus du législateur de prendre une position clairement déterminée a été perçu comme une marque de l'ambivalence des sociétés¹¹². Sociétés com-

109. Loi n° 2010-550 du 20 mai 2010, *op. cit.*

110. C'est en particulier la thèse défendue par U. Ngampio-Obélé-Bélé (*in - Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés - op. cit.*).

111. M. Peltier défend la thèse selon laquelle la déformation du cadre de la société commerciale est « regrettable ». Pour l'auteur, c'est, au contraire, « l'acclimatation » des collectivités territoriales au droit des sociétés qui est « souhaitable » (*op. cit.*, n° 57).

112. Pour G. Durand, la société a « un caractère ouvertement ambivalent : son statut institutionnel est celui d'une corporation privée et son statut fonctionnel celui d'une fondation publique ». L'auteur souligne qu'il y a ambivalence, et non ambiguïté, « car coexistent l'un et l'autre statut, et non l'un ou l'autre » (*in - Les sociétés d'économie mixte locales - op. cit.*, p. 14).

merciales par leur forme, elles sont rattachées au secteur public par la détention publique de la majorité de leur capital social¹¹³. Pourtant, ce rattachement n'est pas nécessairement la source de leur ambivalence. La notion d'entreprise publique est englobante ; elle n'est pas liée à sa forme ou à son statut. Elle caractérise le rattachement d'une personne morale ayant une activité économique au secteur public. Sont considérées comme telles aussi bien des personnes morales de droit public (les établissements publics industriels et commerciaux) que des personnes morales de droit privé, dès lors que leur actionnariat manifeste une appartenance au secteur public¹¹⁴. Les sociétés d'économie mixte locales sont des entreprises publiques ayant la forme de sociétés commerciales et il n'y a pas, par principe, de contradiction entre ces deux caractéristiques. L'ambivalence de l'économie mixte locale n'est cependant pas discutable. La société doit concilier deux impératifs pouvant être contradictoires¹¹⁵ : la recherche d'une rentabilité économique (elle a le statut de société commerciale) et la satisfaction de l'intérêt général (elle demeure une entreprise du secteur public local). Ce n'est pas tant le statut de la société qui est ambivalent que le régime de ses relations avec les collectivités territoriales.

33. Les relations qu'entretiennent les collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales présentent une double facette : les collectivités territoriales participent à la gestion des sociétés d'économie mixte locales en leur qualité de propriétaires institutionnels ; les sociétés d'économie mixte locales collaborent avec les collectivités territoriales en tant que partenaires contractuels. Il apparaît de prime abord que ces deux types de relations ne sont pas liés. Une société d'économie mixte locale créée par une collectivité territoriale peut, en raison de sa nature de société, nouer des relations contractuelles avec une collectivité territoriale tierce, voire avec une personne privée. Se limiter à ce constat n'est cependant pas suffisant pour comprendre les enjeux de l'économie mixte locale. Les relations sont davantage marquées par l'ambivalence que par la dualité : contradictoires dans leur nature, elles sont complémentaires dans leur finalité.

34. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont contradictoires dans leur nature. Étymologiquement, la notion de propriété découle du latin *proprietas* et de *proprius*, ce qui est propre, sans partage¹¹⁶. Elle suppose l'appartenance, la maîtrise de l'objet, le déséquilibre de la relation. Au contraire, le partenariat dérive de l'anglais *partner*, emprunt de l'ancien français *parcenier*, l'associé, et du bas latin *partitionarius*, le partage. Il implique une autonomie et une collaboration entre partenaires et, par consé-

113. Selon les critères jurisprudentiels de l'entreprise publique, tels que dégagés par le Conseil d'État (CE Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la S.F.E.N.A.*, Rec. 436, RDP, 1983, p. 497 et s., note Auby).

114. Selon la jurisprudence *SFENA*, dès lors qu'au moins 50 % du capital social est détenu par une ou plusieurs personnes publiques ou entreprises du secteur public (CE Ass., 22 décembre 1982, *op. cit.*). Le droit communautaire reprend des critères plus souples, la détention de la majorité du capital étant l'un des vecteurs de la domination publique de l'entreprise (Directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *JOUE*, L. 318/17, 17 novembre 2006).

115. L'ambivalence se définit comme le caractère de ce qui « présente un double aspect ; qui peut avoir deux significations différentes ou même opposées » (*Dictionnaire de l'Académie française* - Paris, Fayard, 9^e éd., 2000, sous l'entrée « ambivalence »)

116. CORNU (G) - *op. cit.* - sous l'entrée « propriété ».

quent, un certain équilibre de la relation¹¹⁷ – même si celui-ci est souvent précaire lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif¹¹⁸.

35. Contradictoires dans leur nature, ces relations n'en sont pas moins complémentaires dans leur finalité. L'intérêt de l'économie mixte locale est de faire réaliser des missions d'intérêt général en ménageant les contraintes du droit administratif, sans pour autant perdre le contrôle de l'activité. L'économie mixte locale est une technique d'externalisation d'une activité publique¹¹⁹ faisant appel aussi bien au procédé de l'action directe qu'à celui de l'administration contractuelle¹²⁰. En créant des sociétés, les collectivités territoriales confient des activités, par la voie contractuelle, à un tiers de droit privé dont elles conservent la maîtrise, grâce à leur emprise institutionnelle sur celles-ci.

36. La complémentarité des relations est confirmée par la pratique de l'économie mixte locale. En premier lieu, une société d'économie mixte locale créée par une collectivité territoriale avec laquelle elle ne nouerait pas de relation contractuelle serait une structure inutile, n'ayant pas d'existence réelle, tandis qu'à l'inverse, une collectivité territoriale nouant des relations contractuelles avec une société d'économie mixte locale qu'elle ne possède pas perdrait les avantages du recours à ce type de structure. En second lieu, il est très fréquent qu'une

117. Sur la notion de partenariat appliquée au domaine du droit, *cf.*, en particulier, HÉMERY (V) - Le partenariat, une notion juridique en formation ? - *RFDA*, 1998, p. 347 et s. L'auteur le définit comme un « style nouveau de relations qui se serait établi entre les personnes publiques, ou entre celles-ci et les entreprises privées et publiques » (p. 347).

118. Le contrat administratif est en effet intrinsèquement marqué par le déséquilibre des parties à celui-ci. L. Richer rappelle qu'il est caractérisé tant par son indisponibilité que par son inégalité : « à la fois titulaire de prérogatives de puissance publique et comme responsable de l'intérêt général, l'administration dispose d'une incontestable supériorité dans l'exécution du contrat » (*in* - *Droit des contrats administratifs* - Paris, LGDJ, 7^e éd., 2010, n° 29). Sur cette question, *cf.* également SEUBE (J-B) - Contrats privés - contrats administratifs : points de convergence ? - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 367 et s.

119. L'externalisation est comprise dans un sens général d'une « opération par laquelle une personne publique confie à un opérateur extérieur une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge » (DREYFUS (J-D) - Externalisation et liberté d'organisation du service - *AJDA*, 2009, p. 1529). Sur la notion, *cf.*, également, COSSALTER (P) - *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne* - Paris, LGDJ, 2007, 878 p. ; AUBY (J-B) - Problématiques de l'externalisation - *Dr. Adm.*, juin. 2008, repère 6 ; DREYFUS (J-D) - L'externalisation, éléments de droit public - *AJDA*, 2002, p. 1214 et s. ; LICHÈRE (F) - Externalisation et personnes publiques - *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n°3, p. 66 et s.

120. L'administration contractuelle, contractualisation, voire même « contractualisme » (RICHER (L) - *op. cit.* - n° 63-79) désigne la propension à utiliser le phénomène contractuel comme mode d'organisation des services publics. Elle est considérée comme une évolution récente des modes d'administration publique, justifiant la multiplication des études à son égard (*cf.*, notamment, Conseil d'État - *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* - Paris, EDCE, n° 59, La Documentation française, 2008, 398 p. ; LUCHAIRE (Y) (dir.) - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelles* - Paris, L'Harmattan, 2006, 214 p. ; CAILLOSSE (J) - Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique : les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 2, p. 469 et s. ; DENOIX De SAINT MARC (R) - La question de l'administration contractuelle - *AJDA*, 2003, p. 970 et s.). Il n'en demeure pas moins qu'elle traduit un mouvement de fond, beaucoup plus ancien, d'action administrative concertée avec le secteur privé (en ce sens, *cf.* LAUBADÈRE (A) de - La concertation et le droit administratif - *Administration et secteur privé*, colloque d'Aix-en-Provence, 1^{er} et 2 juin 1972, Paris, D., 1973, p. 12 et s. ; LAUBADÈRE (A) de - L'administration concertée - *Problèmes de droit public contemporain, Mélanges en l'honneur du Professeur Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 407 et s.).

collectivité territoriale et le groupement auquel elle appartient créent chacun une société d'économie mixte locale pour assurer la même mission, spécialement dans le domaine de l'aménagement, pour s'assurer de la maîtrise intégrale de l'opération¹²¹. Toutefois, l'évolution du droit applicable dans les relations ne traduit que partiellement cette ambivalence.

37. La législation est caractérisée par une volonté constante de rapprocher les sociétés d'économie mixte locales de sociétés commerciales. Elles seraient des sociétés commerciales avant d'être des entreprises du secteur public local ; leurs relations avec les collectivités territoriales devraient en principe être soumises au droit des sociétés. Le législateur a constamment renforcé l'application de ce droit dans les relations d'actionnaires¹²². Tirant les conséquences de cette volonté, les juges – tant internes¹²³ qu'euro-péens¹²⁴ – en ont déduit que les relations contractuelles ne peuvent déroger aux règles de la commande publique, et en particulier aux obligations de mise en concurrence lors de la passation d'un contrat entre une personne publique et une personne privée. Par effet de balancier, le législateur a alors créé la société publique locale, dont le capital est intégralement détenu par des collectivités territoriales¹²⁵. L'objectif clairement affiché par le législateur était de permettre aux collectivités de disposer d'un outil auquel elles peuvent faire appel sans avoir besoin de respecter les règles de la mise en concurrence dans leurs relations contractuelles. Abandonnant la conception classique de l'économie mixte locale, fondée sur la mixité publique-privée du capital social (et donc sur la collaboration entre le secteur public et le secteur privé), la loi tente de pousser à son paroxysme l'idée d'économie mixte locale en créant, sous l'apparence d'une société de droit privé, une structure assimilable à un démembrement de ses actionnaires et parfois qualifiée de « quasi-régie »¹²⁶. Malgré un engouement

121. Les collectivités créent le plus souvent des structures de projet qui n'ont vocation qu'à exercer une mission particulière (les transports en commun d'une commune, la reconversion d'une zone géographiquement limitée, etc.) au profit de leur actionnaire. Leur activité est alors concentrée sur leurs relations avec les actionnaires publics (en particulier, cf. MENEZ (F) - Le territoire au cœur des rapports publics privés : La Cité internationale de Lyon - *Géocarrefour*, 2006, vol. 81/2, p. 105 et s.). F. Menez souligne les rapports étroits entretenus par la Commune de Lyon et la Société d'économie mixte d'aménagement de la Cité internationale de Lyon (SEMACIL) pour l'aménagement de la Cité internationale : plutôt que de recourir aux services de l'aménageur d'économie mixte habituel de la Communauté urbaine, la Société d'équipement de la région lyonnaise (SERL), la ville a créé une société de projet, dont elle détient 85 % du capital, chargée de procéder exclusivement à l'aménagement de la zone (*idem*, p. 110).

122. En supprimant par exemple le commissaire du gouvernement, représentant spécial des collectivités territoriales au sein des sociétés d'économie mixte locales (loi du 7 juillet 1983).

123. Cf. Décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Journal officiel du 22 janvier 1993, p. 1118 et s.

124. En particulier, cf. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL*, C-26/03, *BJCP*, 2005, n° 40, p. 180 et s., Concl. Stix-Hackl ; *AJDA*, 2005, p. 898 et s., note Rolin. La Cour considère que les sociétés d'économie mixte locales ne sont pas des prestataires intégrés aux collectivités territoriales, et que leurs relations contractuelles doivent, par conséquent, respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence de la commande publique communes à toute relation contractuelle d'une collectivité avec une société de droit commun.

125. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès, *AJDA*, 2010, p. 1759 et s., note Nicinski, *RLCT*, 2010, n° 60, Dossier spécial.

126. *Les contrats de quasi-régie*, fiche technique publiée par la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi (MINEFE), 19 février 2009, 4 p. (disponible sur le site Internet du MINEFE, <http://www.colloc.bercy.gouv.fr>). La dénomination de

certain des collectivités territoriales pour ce nouvel outil, son utilité peut être discutée, en particulier car les sociétés d'économie mixte locales présentent déjà certaines caractéristiques permettant de les assimiler à des prestataires intégrés aux collectivités.

38. Les sociétés d'économie mixte locales n'ont pas tous les caractères des entreprises commerciales. En particulier, elles ne sont pas orientées vers une rentabilité économique, mais participent au mouvement de recherche d'une performance de l'action publique. Lors de leur contrôle de la gestion de ces sociétés, les chambres régionales et territoriales des comptes ne calquent pas le modèle de la société commerciale aux sociétés d'économie mixte locales, en considérant que l'absence de résultats économiques n'est « pas un problème en soi, étant donné que la [société] s'écarte de ce schéma classique des sociétés commerciales en raison de l'absence de distribution de dividendes »¹²⁷. L'analyse relationnelle de l'économie mixte locale permet de s'écarter d'une approche structurelle et de privilégier une appréhension finaliste de l'économie mixte locale. Les sociétés d'économie mixte locales sont ainsi la traduction juridique de l'institutionnalisation d'un partenariat entre les secteurs public et privé. Dans cette perspective, le recours à la forme nouvelle de la société publique locale peut être discuté, en particulier car il entraîne la disparition de l'idée de partenariat au nom d'une éviction des règles de la concurrence.

39. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales tendent à l'institutionnalisation d'un partenariat dans une structure indépendante mais orientée vers la satisfaction des intérêts des collectivités publiques¹²⁸. En dépassant le strict cadre contractuel, l'économie mixte locale permet de « loger »¹²⁹ la collaboration entre les partenaires publics et privés dans une personne morale relativement autonome mais pas réellement indépendante. La société d'économie mixte locale n'est pas la seule forme de partenariat institutionnalisé, mais elle en constitue l'un des exemples les plus aboutis¹³⁰.

quasi-régie a été adoptée par la Commission générale de terminologie et de néologie pour remplacer celle de relation « *in house* » (Liste de termes, expressions et définitions adoptés par la Commission générale de terminologie et de néologie, *JORF*, 19 novembre 2008, p. 17687).

127. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, 9 décembre 2002, *Société d'économie mixte d'équipement du pays d'Aix-en-Provence (SEMEPA)*, point 2.1. Le versement de dividendes n'est pas pour autant contradictoire avec le régime de l'économie mixte locale, et il arrive parfois que les chambres constatent le versement de dividendes aux actionnaires (*cf.*, en particulier, CRC Centre, ROD 4 août 1998, *Société d'économie mixte d'alimentation et de restauration collective (SEMIARC)*, point 2.1 ; CRC La Réunion, ROD 26 décembre 2005, *Société d'économie mixte SODIPARC*, p. 4 ; CRC La Réunion, ROD 26 décembre 2005, *Société des transports départementaux de La Réunion (SOTRA-DER)*, p. 8).

128. D. Giaque souligne que le phénomène d'institutionnalisation d'un tel partenariat ne peut être que lent, car il met en opposition des logiques contradictoires : temps long pour les partenaires publics, qui ont des objectifs de satisfaction de l'intérêt général à moyen et long terme ; temps courts pour les partenaires privés qui cherchent à tirer des bénéfices pécuniaires immédiats de leur participation (*in* - Les difficultés de gestion des partenariats public-privé en Europe. Pour une lecture « institutionnelle » - *RFAP*, 2009, p. 391-392).

129. AUBY (J-B) - Partenariats public-privé institutionnalisés - *Dr. Adm.*, fév. 2010, repère 2.

130. Peuvent être considérés comme des partenariats public-privé institutionnalisés les groupements d'intérêt économique (GIE) et les groupements d'intérêt public (GIP) (en ce sens, *cf.* COLSON (J-P), IDOUX (P) - *Droit public économique* - Paris, LGDJ, 5^e éd., 2010, n° 760-766 ; AUBY (J-B) - *op. cit.*). Cependant, et à la différence des sociétés d'économie mixte locales, ces structures ne sont pas intrinsèquement conçues pour porter un partenariat public-privé. Les GIE sont, par principe, une structure de collaboration entre personnes privées, et les GIP entre personnes publiques.

40. L'ambivalence des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales permet de tirer le meilleur parti de la double nature de personne morale de droit privé et d'entreprise du secteur public local des sociétés. Elles sont ainsi dominées par leurs actionnaires publics majoritaires. Ceux-ci disposent à la fois des mécanismes de contrôle du droit des sociétés, en tant qu'actionnaires majoritaires, mais également de moyens dérogatoires de droit public, du fait de l'intérêt général attaché au statut de société. Les collectivités territoriales dominent institutionnellement les sociétés, mais cette influence n'est que partiellement corroborée par la maîtrise de l'activité des sociétés d'économie mixte locales. Celles-ci ne peuvent nouer des relations contractuelles que dans le respect des règles de la commande publique, alors même qu'elles ont été créées pour réaliser les missions déléguées contractuellement. L'application des règles de la commande publique est un frein à la reconnaissance de l'ambivalence des relations contractuelles et le double statut de société et d'entreprise publique se révèle contradictoire. La vision instrumentale de l'économie mixte locale est contrariée dans les relations contractuelles par l'application des règles de la commande publique, alors qu'elle est assumée dans les relations d'actionnaires par l'application du droit des sociétés et de règles dérogatoires au droit des sociétés. L'institutionnalisation d'un véritable partenariat entre le secteur public et le secteur privé dans la société s'avère donc inachevée. L'appropriation réussie des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales (Partie 1) contraste avec l'utilisation perfectible des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales (Partie 2).

Première Partie

L'APPROPRIATION RÉUSSIE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

41. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont principalement institutionnelles, les collectivités étant leurs principaux actionnaires. Cet actionnariat public crée une tension entre la volonté de soumettre les sociétés à la législation commerciale et le refus de les assimiler à des sociétés de droit commun. Sociétés commerciales par détermination de la loi, les sociétés d'économie mixte locales n'en demeurent pas moins des entreprises du secteur public, chargées de missions d'intérêt général. Ces influences pourraient s'avérer contradictoires, les collectivités territoriales n'étant, *a priori*, pas intéressées par l'exercice de la fonction d'actionnaire de sociétés par nature orientées vers la recherche d'une rentabilité économique. Elles sont en réalité complémentaires et l'ambivalence des relations institutionnelles est pleinement assumée. L'appropriation des sociétés par les collectivités territoriales est réussie car les collectivités territoriales exercent de plus en plus largement leur rôle d'actionnaire, sans pour autant se départir de leurs attributs de puissance publique. L'intégration des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales (Titre 1) n'empêche pas la domination des collectivités territoriales sur les sociétés d'économie mixte locales (*).



Titre 1

L'INTÉGRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

42. L'actionnariat public permet aux collectivités d'exercer un rôle proche de celui d'un entrepreneur, en intervenant dans le secteur économique par le biais d'une structure de droit privé. Mais la participation publique doit néanmoins être conciliée avec d'autres impératifs publics, liés à la bonne administration, à la protection des deniers publics, ou encore à la préservation de la concurrence entre opérateurs économiques. La possibilité offerte par la loi de détenir plus de la moitié du capital social des sociétés d'économie mixte locales¹ ne suffit pas à faire des collectivités des actionnaires de sociétés commerciales dans les conditions du droit des sociétés. L'intégration des collectivités dans les sociétés d'économie mixte locales nécessite une adaptation à l'exercice de la fonction d'actionnaire. L'actionnariat des collectivités suppose que celles-ci soient représentées par des élus locaux dans les organes dirigeants de la société. Or, la détention de mandats électoraux n'est par principe pas compatible avec l'exercice de mandats sociaux dans des sociétés commerciales. L'actionnariat nécessite, par ailleurs, que les collectivités territoriales prennent des participations dans le capital social et qu'elles contribuent ensuite au financement de la société au cours de son existence. Sur ce point également les règles générales de fonctionnement des collectivités territoriales sont peu propices aux investissements publics dans les sociétés. La conciliation d'objectifs distincts, et parfois contradictoires, est délicate et l'équilibre entre les fonctions d'actionnaire et les missions propres aux collectivités doit être déterminé avec précision. Pour qu'elle soit réussie, l'intégration des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales nécessite une adaptation des modalités de représentation des actionnaires majoritaires (Chapitre 1) ainsi que de leurs relations financières avec les sociétés (Chapitre 2).

1. Articles L. 1521-1 et L. 1522-1 2° du code général des collectivités territoriales.

Chapitre 1

L'ADAPTATION DE LA REPRÉSENTATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

43. Les sociétés d'économie mixte locales sont des sociétés anonymes par détermination de la loi². Le système d'organisation du pouvoir au sein des sociétés est conforme aux schémas du droit des sociétés³. Leur architecture interne peut revêtir deux formes distinctes, reflétant le caractère moniste ou dualiste de la société⁴. Mais, quelle que soit la forme retenue, le code général des collectivités territoriales impose aux collectivités territoriales actionnaires la détention de plus de la moitié des voix dans les organes délibérants⁵. Les collectivités sont ainsi intégrées, de droit, dans les organes dirigeants des sociétés dont elles sont actionnaires⁶. Conformément au droit des sociétés, elles doivent désigner des personnes physiques pour les représenter dans ces organes⁷. Mais par dérogation elles ne peuvent choisir librement ces derniers, chaque représentant devant être « désigné en son sein par l'assemblée délibérante [de la collectivité actionnaire] concernée »⁸. Seuls les élus locaux peuvent alors exercer ces fonctions, en tant que mandataires des collectivités territoriales actionnaires.

2. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

3. Sur l'organisation interne des sociétés d'économie mixte locales, cf. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 78.

4. Les sociétés anonymes de type moniste, classique ou « à la française » sont composées d'un conseil d'administration et d'un directeur général, qui peut également être le directeur du conseil d'administration (il est alors président-directeur général, PDG). Les sociétés de type dualiste, moderne ou « à l'allemande » sont composées d'un conseil de surveillance et d'un directoire. Sur la distinction, cf. COZIAN (M), VIAN-DIER (A), DEBOISSY (F) - *Droit des sociétés* - Paris, Litec, 22^e éd., 2009, n° 501-670.

5. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

6. L'expression désigne, dans un sens générique, l'ensemble des organes d'administration, de direction ou de contrôle d'une société anonyme. Le code général des collectivités territoriales lui préfère l'expression d'organes délibérants, mais celle-ci revêt un sens identique à celle d'organes dirigeants au sens du code de commerce. La nature de ces organes varie suivant la forme de la société : le conseil d'administration et le directeur général dans une société à structure moniste, le conseil de surveillance et le directoire dans une société à structure dualiste.

7. Article L. 225-20 du code de commerce : la personne morale administrateur « est tenue de désigner un représentant permanent ». Sur cette notion, cf. OPPETIT (B) - Le représentant permanent d'une personne morale administrateur de société anonyme - *JCP G*, 1969, I, 2227.

8. Article L. 1524-5 1° du code général des collectivités territoriales.

44. La particularité du statut des représentants permanents des actionnaires publics – à la fois titulaires d'un mandat électoral et d'un mandat social – rend nécessaire l'adaptation de leur statut. Ils sont soumis tant à l'application du statut des élus locaux qu'à des règles propres aux sociétés commerciales. En particulier, l'exercice de fonctions d'administration, voire de direction, d'une société commerciale peut entraîner des incompatibilités avec l'exercice d'un mandat électoral, ou la mise en jeu de leur responsabilité personnelle. L'obligation faite aux élus locaux de représenter les collectivités territoriales actionnaires (Section I) justifie l'atténuation de leur responsabilité dans l'exercice de cette fonction (Section 2).

SECTION 1 LA REPRÉSENTATION OBLIGATOIRE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

45. Les représentants des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales ne sont pas assimilables à des mandataires classiques. Leur statut se distingue de celui des représentants permanents des actionnaires privés dans les sociétés d'économie mixte locales⁹ et en général de celui des représentants de personnes morales dans des sociétés commerciales¹⁰. Les élus locaux n'ont pas, par nature, vocation à exercer des fonctions d'administration dans des sociétés commerciales. En les désignant représentants permanents, le législateur les place dans une situation originale, pouvant tourner à leur désavantage. Leur statut doit nécessairement tenir compte d'impératifs divergents. Il est empreint d'originalité, et déroge sur de nombreux points tant au régime de droit commun applicable aux représentants permanents qu'aux règles générales applicables aux élus locaux. En particulier, il doit tenir compte du fait que l'élu local n'est que le représentant de l'actionnaire et que son mandat électoral peut ne pas coïncider avec son mandat social. Cette spécificité du corpus juridique marque la volonté d'adapter les collectivités à la fonction d'actionnaire. La conciliation du statut d'élu local avec la qualité de représentant permanent (§ 1) ne met pas fin à la précarité de la fonction de représentation exercée par les élus locaux (§ 2).

§ 1. LA CONCILIATION DU STATUT D'ÉLU LOCAL AVEC LA QUALITÉ DE REPRÉSENTANT PERMANENT

46. Pour permettre aux collectivités d'être représentées dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales, le législateur a adapté le statut des élus locaux. Ces aménagements entraînent la création d'un régime d'encadrement

9. Sur la question de l'application du droit des sociétés aux représentants permanents des actionnaires privés des sociétés d'économie mixte locales, cf. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *op. cit.* - p. 85-89 ; MICHEL (J-C) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, LGDJ, 1990, p. 68.

10. Sur la question du statut des représentants permanents de personnes morales administrateurs de sociétés anonymes (article L. 225-20 du code de commerce) cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 520-533.

original, portant sur les conditions de leur désignation (I) ainsi que sur les modalités de leur rémunération (II).

I. L'ENCADREMENT DE LA DÉSIGNATION DES ÉLUS LOCAUX

47. Les différentes réglementations des sociétés d'économie mixte locales ont contribué à l'affinement progressif du statut des élus locaux pour leur permettre d'exercer la fonction d'administrateur des sociétés d'économie mixte locales au nom et pour le compte des collectivités territoriales actionnaires. La désignation obligatoire d'élus locaux pour représenter les collectivités territoriales actionnaires (A) a ainsi rendu nécessaire la création d'un régime de protection contre les risques d'inéligibilité ou d'incompatibilité encourus du fait de l'exercice de ces fonctions (B).

A. LA DÉSIGNATION OBLIGATOIRE D'ÉLUS LOCAUX

48. Le code de commerce n'impose aucune prescription quant au choix des mandataires d'une personne morale actionnaire, qui peuvent aussi bien être membres de la personne morale que lui être extérieurs¹¹. Les premières tentatives de réglementation de l'économie mixte locale étaient calquées sur ce modèle et n'imposaient pas directement la désignation d'élus locaux. Le décret du 17 juin 1960 imposait seulement que les candidats aient la capacité juridique et soient éligibles au sein de la collectivité territoriale actionnaire¹². En pratique, cela revenait « souvent [à faire] appel à des conseillers municipaux ou généraux » déjà élus¹³, au détriment des fonctionnaires territoriaux ou d'autres personnes éligibles. L'autonomisation du régime de représentation des collectivités par rapport à celui des actionnaires de sociétés commerciales s'est rapidement accentuée. Depuis la réforme du 7 juillet 1983, la loi impose que le choix des représentants permanents soit effectué par l'assemblée délibérante et que le représentant soit désigné « en son sein »¹⁴. Le juge administratif a par ailleurs précisé qu'un fonctionnaire territorial ne peut être représentant permanent que dans la mesure où il est également élu local¹⁵. Seuls les élus locaux peuvent être les mandataires des collectivités

11. Article L. 225-20 du code de commerce pour les sociétés à conseil d'administration, L. 225-76 pour celles à conseil de surveillance.

12. Décret n° 60-553 du 1^{er} juin 1960 portant approbation des statuts types des sociétés anonymes d'économie mixte visées à l'article 395 du code de l'administration communale, à l'article 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation et à l'article 4 du décret 53-982 du 30-09-1953, *JORF*, 12 juin 1960, p. 5312.

13. TAGAND (R) - *Le régime juridique de la société d'économie mixte* - Paris, LGDJ, 1969, p. 96. L'auteur précise que le choix se portait sur des conseillers municipaux ou généraux uniquement - car, dans les années 1960, seuls les communes et les départements pouvaient être actionnaires de sociétés d'économie mixte locales.

14. Article L. 1524-5 alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales : « toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée ».

15. TA Rennes, 14 mars 2001, *Commune de Cleder*, *Dr. Adm.*, 2001, comm. 188, note Benjamin. Le juge souligne en particulier que le fonctionnaire élu peut exercer la fonction de représentant permanent, à l'exclusion de toute fonction de direction de la société, par nature incompatible avec son statut de fonctionnaire.

territoriales actionnaires dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales¹⁶. Alors que le législateur plaidait dans le sens du rapprochement des sociétés d'économie mixte locales de sociétés commerciales de droit commun, la loi de 1983 accentue au contraire la spécificité de l'actionnariat public.

49. L'obligation de désigner des élus locaux rapproche la législation française sur l'économie mixte locale de la plupart des législations des États européens¹⁷ mais n'épuise pas la diversité des modèles nationaux. L'hétérogénéité des modes de représentation s'explique pour partie par le particularisme du droit applicable aux collectivités actionnaires au sein de chaque État. Elle souligne d'autant les différences dans la conception de l'économie mixte locale propre à chaque État : alors qu'en France l'actionnariat public engendre une grande proximité entre la société et ses actionnaires majoritaires, d'autres États semblent clairement vouloir dissocier au maximum actionnariat et gestion de la société en interdisant la représentation par des élus locaux¹⁸, ou au contraire conduire la logique à son terme en faisant des organes élus des collectivités les organes délibérants des sociétés¹⁹. Les autres États optent pour une voie médiane, laissant les actionnaires libres de désigner des fonctionnaires territoriaux²⁰, voire une personne extérieure à la collectivité²¹.

50. Pour « minime » qu'elle paraisse²², la dérogation au droit des sociétés existant dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales françaises place cependant les élus locaux dans une position ambivalente au sein des sociétés. Comme élus, ils sont titulaires d'un mandat électif et œuvrent en vue de la satisfaction de l'intérêt général à la charge des collectivités territoriales ; en tant qu'administrateurs de sociétés commerciales, ils représentent les intérêts particuliers des actionnaires publics et veillent au bon fonctionnement de la société. Ils sont les garants de son indépendance, alors même qu'ils appartiennent simultanément aux collectivités territoriales. Ils sont ainsi investis d'un double mandat, dont les finalités peuvent être contradictoires : celles liées à la satisfaction de l'intérêt général n'entrent pas nécessairement en adéquation avec celles liées au développement d'une société commerciale, même si elles ne sont pas par principe opposées²³. Les relations institutionnelles renforcent

16. En ce sens, cf. DEPORCQ (D) *et al.* - *op. cit.* - p. 77 ; REGNAUT-MOUTIER (C) - L'administration de la SEM : propos de privatiste - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 291.

17. Il s'agit de l'Allemagne, l'Autriche, de la Belgique, de la Finlande, de la Grèce, des Pays-Bas, de la Hongrie, de la Lettonie, de la Lituanie, de la République Tchèque (VERDIER (A), MARTINEZ (S)) - *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne* - Paris, Dexia, 2004, p. 135).

18. En Italie et en Pologne (*Idem*).

19. En Estonie (*Idem*).

20. En Irlande, au Royaume-Uni et en Slovaquie (*Idem*).

21. Au Danemark, en Espagne, au Portugal, en Suède et en Slovénie (*Idem*).

22. Ainsi, U. Ngampio-Obélé-Bélé présente-t-il le statut des élus locaux administrateurs dans une partie de sa thèse consacrée à « l'application intégrale du droit des sociétés ». Alors même qu'il constate que « le représentant de la collectivité locale a le statut de mandataire qui n'est pas assimilable à celui du représentant permanent d'une personne morale administrateur dans une société commerciale », l'auteur précise que cette « exception est selon nous minime » (*op. cit.* - p. 85-87).

23. Par exemple, la société d'économie mixte locale Vercors Restauration, créée par la Ville de Fontaine (Isère) pour gérer l'activité de service public de la restauration des écoles et établissements de soins publics a développé, au titre de ses activités complémentaires, un réseau de distribution de repas à diverses collectivités territoriales (cette activité est exercée sous la forme de marchés publics). La Chambre régionale

les tensions existant entre deux visions divergentes de la société, selon qu'elle est assimilée à une personne morale autonome ou à un simple démembrement des collectivités actionnaires.

51. Le droit des sociétés est marqué par l'opposition classique entre les visions contractuelle et institutionnelle de la société. Dans la conception contractuelle, les administrateurs sont de simples mandataires des associés, soumis à leur volonté souveraine²⁴. À l'inverse, la conception institutionnelle souligne l'indépendance nécessaire des organes sociaux par rapport aux actionnaires. La controverse, loin d'être tarie en droit des sociétés²⁵, trouve un écho particulier dans les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Formellement, les élus locaux ne sont que les représentants des collectivités territoriales, seules titulaires des sièges dans les organes délibérants. Ils bénéficient à ce titre d'une large autonomie de décision qui pourrait leur permettre d'exercer leurs fonctions dans l'intérêt de la société. Dans la pratique il n'y a pas véritablement de différence dans la nature des fonctions, mais plutôt dans le degré de proximité avec les actionnaires publics. Contrairement à la logique du droit des sociétés, les élus ont tendance à exercer leurs fonctions davantage dans l'intérêt de la collectivité qu'ils représentent que dans celui de la société qu'ils administrent, privilégiant une approche contractuelle et fonctionnelle de l'économie mixte locale. N'étant pas actionnaires en leur nom mais simplement pour le compte des collectivités territoriales, ils ne sauraient par ailleurs souffrir des risques d'inéligibilité ou d'incompatibilité.

B. LA PROTECTION NÉCESSAIRE DES ÉLUS LOCAUX CONTRE LES RISQUES D'INÉLIGIBILITÉ OU D'INCOMPATIBILITÉ

52. Le statut d'élu local n'est *a priori* pas compatible avec celui d'administrateur ou de membre du conseil d'administration d'une société commerciale. Le code électoral dispose en particulier que sont inéligibles les entrepreneurs de services municipaux²⁶ et que le mandat électif est incompatible avec la fonction d'entrepreneur de service départemental²⁷ ou régional²⁸. Le risque lié à la reconnaissance de la qualité d'entrepreneur de service municipal²⁹ existe et est latent

et territoriale des comptes de la région Rhône-Alpes a relevé que cette activité complémentaire représentait près de 60 % du chiffre d'affaires total de l'entreprise. Elle note toutefois que cette activité était nécessaire pour garantir la pérennité de la société (CRTC Rhône-Alpes, ROD 11 avril 2005, *Société d'économie mixte Vercors Restauration*). Sur l'appréhension de la notion d'intérêt général appliquée aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, cf. *infra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

24. NGUYEN QUOC (V) - *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales* - Paris, LGDJ, 1979, n° 188.

25. À un auteur affirmant en 1999 que « la société anonyme est une société, c'est-à-dire un contrat » (SCHMIDT (D) - *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* - Paris, Joly, 1999, p. 8), répondaient dès l'année 2000 deux autres auteurs, pour lesquels elle ne peut être qu'une institution (BERJERAC (M), BERNARD (A) - *Fantaisies à deux voix* - D., 2000, chronique 315, p. 318). Dans ce débat, J.-C. May représente la voie médiane, affirmant que la société est un contrat, mais qu'elle ne peut être réduite à cet état (*in* - La société : contrat ou institution ? - *Contrat ou institution : un enjeu de société* - Paris, LGDJ, 2004, p. 124 et p. 130).

26. Article L. 231 du code électoral.

27. Article L. 207 du code électoral.

28. Article L. 343 du code électoral.

29. Dans un souci de simplification, les entrepreneurs de services municipaux, départementaux et régionaux seront désignés sous le vocable générique d'entrepreneurs de service municipaux.

depuis les premières réglementations sur l'économie mixte locale, mais n'a connu de véritables développements qu'à partir de la réforme de l'économie mixte locale réalisée par la loi du 7 juillet 1983³⁰. En imposant le choix des élus locaux pour représenter les actionnaires publics, celle-ci les a mis dans une situation délicate au regard du droit électoral. Afin de limiter les incertitudes, le législateur a expressément exclu l'applicabilité de la théorie de l'entrepreneur de service municipal dans les relations institutionnelles des collectivités avec leurs sociétés d'économie mixte locales³¹. La difficulté de conciliation entre le statut d'élu local et la qualité de représentant permanent n'a pas pour autant été supprimée, mais seulement déplacée. Pour que le régime de protection s'applique, il reste encore à déterminer avec précision la notion d'entrepreneur de service municipal pour pouvoir envisager son articulation avec celle d'élu mandataire.

53. La notion d'entrepreneur de service municipal n'est pas définie, en tant que telle, par le code électoral qui n'y fait allusion que pour préciser les conditions d'inéligibilité et d'incompatibilité des mandats électoraux. Toutefois, les règles relatives à l'inéligibilité ne sauraient être confondues avec celles régissant les incompatibilités. Dans le premier cas, la personne concernée ne pourra se porter candidate à l'élection ; dans le second cas, rien ne fait obstacle à la candidature, mais la personne élue devra choisir entre ses anciennes fonctions et son mandat électif. Les objectifs de ces deux mécanismes sont en partie communs, chacun visant à éviter les conflits d'intérêts pour préserver l'indépendance des élus locaux. Cependant, le régime de l'inéligibilité ne se limite pas à la volonté de préserver cette indépendance car il a également vocation à protéger la liberté de choix des électeurs. Dans tous les cas, l'application du régime de l'entrepreneur de service municipal et l'obligation de nommer des élus pour représenter les actionnaires publics entre en contradiction avec l'interdiction d'exercer conjointement des fonctions de représentant permanent et d'élu local dans une société commerciale.

54. La reconnaissance de la qualité d'entrepreneur de service municipal est soumise à des conditions restrictives. Deux critères sont nécessaires : un contrat unissant la commune à l'entrepreneur³² et l'exercice par celui-ci d'une mission de service public³³, quelles que soient les modalités de rémunération du service³⁴. Si le contrat est noué avec une personne morale et non avec une personne physique³⁵, il faut en outre que la personne visée par la qualification d'entrepreneur de service municipal y exerce un rôle prépondérant³⁶. Ainsi, ne seront pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux les employés d'une société d'économie mixte locale – exerçant respectivement les fonctions d'adjoint du directeur des pistes et chauffeur d'engin de damage – dès qu'ils ne sont pas administrateurs de la société. Ils « ne disposent d'aucune délégation de signature

30. Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099.

31. Article L. 1524-5 9° du code général des collectivités territoriales.

32. CE, 12 février 1990, *Élections municipales de Nice*.

33. CE, 2 mai 1973, *Élections municipales de Montbarrey*, Rec. Tables 984., CE, 4 novembre 1996, *Élections municipales de Lorraine*, Rec. Tables 898.

34. CE, 2 mai 1973, *op. cit.*

35. CE, 4 novembre 1996, *Élections municipales de Lorraine*, Rec. Tables 898.

36. CE, 22 décembre 1967, *Michel*, Rec. 528 ; CE, 21 février 1990, *Élections municipales de Vélizy-Villacoublay*, *AJDA*, 1990, p. 560 et s., note Devès.

susceptible d'engager celle-ci, ne leur [donnant] pas au sein de la SEMIOM un rôle prédominant »³⁷.

55. L'obligation de faire représenter les collectivités territoriales dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales a donné l'occasion au juge administratif d'interpréter soupagement les critères de l'entrepreneur de service municipal. Pour le Conseil d'État, la seule circonstance qu'un élu local représente les actionnaires publics ne suffit pas à lui reconnaître la qualité d'entrepreneur de service municipal. *A contrario*, il n'a reconnu cette qualité que dans des circonstances où les élus administrateurs exerçaient « une influence prépondérante au sein de la société » en y étant conjointement directeur-salarié³⁸ ou salarié³⁹. Si cette jurisprudence apparaissait restrictive au regard de la notion d'entrepreneur de service municipal, elle n'en restait pas moins problématique pour les sociétés d'économie mixte locales. D'une part, le cumul des fonctions d'administrateur et de directeur est en effet une hypothèse très répandue dans l'économie mixte locale en raison de la domination exercée par les actionnaires majoritaires⁴⁰. D'autre part, le Conseil d'État a, par différentes décisions, rejeté l'application de la théorie de l'entrepreneur de service municipal aux membres d'une association, même étroitement contrôlée par les collectivités territoriales⁴¹. Dès lors, le recours aux sociétés d'économie mixte locales risquait de perdre de son intérêt pour les collectivités territoriales, au profit d'autres instruments⁴².

56. Afin de permettre aux élus locaux d'exercer leurs mandats sociaux sans risquer d'être assimilés à des entrepreneurs de services municipaux, le législateur a instauré des exceptions spécifiques aux sociétés d'économie mixte locales. La loi du 6 février 1992 a ainsi précisé que les élus représentant les collectivités au sein du conseil d'administration ou de surveillance sont protégés de la qualification d'entreprises de services municipaux⁴³. D'interprétation stricte, l'avancée législative n'a pas réalisé une séparation parfaite entre le statut d'élu local et la fonction de représentant permanent de la collectivité actionnaire⁴⁴. Le Conseil d'État a ainsi réaffirmé sa jurisprudence traditionnelle et reconnu la qualité d'entrepreneur de service municipal à un élu local exerçant les fonctions de représentation et de direction de la société⁴⁵.

37. CE, 31 juillet 1996, *Élections d'Orcières-Merlette*, Inédit.

38. CE, 21 février 1990, *Élections municipales de Vélizy-Villacoublay*, *op. cit.*

39. CE, 8 janvier 1992, *Preel*, Rec. 3.

40. Cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

41. N'est pas un entrepreneur de service municipal le maire qui agit en qualité de président bénévole de plusieurs associations créées et contrôlées par la commune (cf. TA Nice, 21 juin 1989, *Élections municipales de Nice*, Req. 75689, *Gaz. Pal.*, 1990, I, p. 71 et s.). De même, la charge d'adjoint au maire n'est pas incompatible avec la fonction de directeur salarié d'une association regroupant plusieurs collectivités publiques et présidée par le maire (cf. TA Toulouse, 22 juin 1989, *Élections municipales de Laguiole*, Req. 89654, *JCP G*, 1989, IV, p. 389 et s.).

42. Cf. MAJEROWICZ (S) - Des difficultés de la représentation des collectivités locales, administrateurs de sociétés d'économie mixte - *JCP G*, 1991, I, 3543.

43. Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JORF*, 8 février 1992, p. 2064, et spécialement l'article 42.

44. DEVÈS (C) - Faut-il réformer la loi du 7 juillet 1983 ? - *AJDA*, 1993, p. 638 ; DURAND (G) - La société d'économie mixte locale après la loi du 6 février 1992 relative à l'administration de la République - *RFDA*, 1993, p. 655.

45. CE, 26 juillet 1996, *Élections municipales de Lannemezan*, Rec. tables 899 ; CE, 16 octobre 1996, *Élections municipales d'Arache La Frasse*, Inédit *Dr. Adm.*, 1996, n° 530 ; CE, 18 décembre 1996, *Élections municipales de Gérardmer*, Rec. 506, *Dr. Adm.*, 1997, n° 64, note Benjamin.

57. À l'occasion de la réforme du 2 janvier 2002⁴⁶, le législateur a précisé que les élus représentant des collectivités ne peuvent être considérés comme entrepreneurs de services municipaux, même s'ils exercent des fonctions de direction expressément visées par le code général des collectivités territoriales. Ils sont protégés dès lors qu'ils exercent, « à l'exclusion de toute autre fonction dans la société, les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général »⁴⁷. Appliquant strictement ces dispositions législatives, le juge administratif considère qu'un élu, « mandaté pour siéger au conseil d'administration de la [société d'économie mixte locale], pouvait exercer, sous réserve d'en être investi par les organes compétents de la [société], les autres fonctions énumérées à l'article L. 1524-5 précité du code général des collectivités territoriales sans être considéré de ce fait comme entrepreneur de services municipaux »⁴⁸. La loi de 2002 a comblé une lacune⁴⁹, même si elle n'a pas mis fin à toutes les difficultés pour les élus locaux.

58. Seuls les élus locaux mandataires et exerçant les fonctions de président du conseil d'administration ou de directeur général d'une société d'économie mixte locale sont concernés par la réforme de 2002. Deux hypothèses ne sont pas prises en compte par le législateur. D'une part, la loi interdit, *a contrario*, aux élus d'exercer tout autre emploi salarié que ceux expressément visés par le code. Comme le souligne C. Devès, cette solution a le mérite de la simplicité car il est souvent délicat de déterminer les fonctions qui, au regard de la jurisprudence administrative, confèrent à leur titulaire un rôle prépondérant dans la société⁵⁰. Elle a cependant le défaut de la radicalité, cantonnant les activités des élus locaux à celles énumérées à l'article L. 1524-5 du code. La loi est d'autre part restrictive quant à la possibilité pour les élus d'exercer des fonctions de direction dans une société d'économie mixte locale lorsque celle-ci est créée selon une structure dualiste. Reprenant partiellement la position du Conseil d'État dans sa décision *Élections municipales de Gérardmer*⁵¹, elle ne favorise pas le recours à cette forme de société dans le domaine de l'économie mixte locale. Les élus ne peuvent pas être conjointement membres du conseil de surveillance et du directoire des sociétés constituées sous cette forme. Cette position se comprend au regard du droit des sociétés qui incite de plus en plus à dissocier les fonctions d'administration et de direction des sociétés anonymes⁵², mais ne tient pas compte de la spécificité des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales.

46. Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121.

47. Article L. 1524-5 9° du code général des collectivités territoriales.

48. CE, 10 juillet 2009, *Élections municipales de Nogent-sur-Marne*, Req. 322083.

49. SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 932.

50. DEVÈS (C) - La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2002, p. 149.

51. CE, 18 décembre 1996, *op. cit.*

52. Les principes de la *corporate governance* - ou gouvernement d'entreprise - insistent sur le renforcement de l'autonomisation des sociétés. La structure dualiste participe de ce mouvement, interdisant l'exercice des fonctions de direction par une seule personne, au profit d'un organe collégial, le directoire (cf. notamment, COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 528-529 ; RAPP (L) - Commentaire de la loi n° 2000-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques - *AJDA*, 2001, p. 560 et s. ; De VENDEUIL (S) - Nouvelles régulations économiques et dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général - *JCP EA*, 2001, p. 1315 et s.).

Dans la pratique, les collectivités territoriales recourent de moins en moins à la forme dualiste pour pouvoir conserver les avantages de la forme moniste et ainsi permettre aux élus représentants d'y exercer également les fonctions de direction.

59. La réforme de 2002 a permis de circonscrire les risques de qualification des élus locaux d'entrepreneurs de services municipaux lorsqu'ils sont les mandataires des collectivités territoriales actionnaires de sociétés d'économie mixte locales. Elle n'a pas, car ce n'était pas son objet, étendu ces exceptions à la participation des élus à d'autres formes de sociétés commerciales⁵³. Mettant fin aux incertitudes juridiques quant aux modalités de représentation des collectivités actionnaires, le législateur a également cherché à concilier le régime de la rémunération des élus locaux avec les règles du droit des sociétés.

II. L'ENCADREMENT DE LA RÉMUNÉRATION DES ÉLUS LOCAUX

60. Le droit des sociétés organise les modalités de rémunération des administrateurs de sociétés commerciales. Ceux-ci, qu'ils exercent cette fonction directement ou par le biais de représentants, ne peuvent, par principe, être rémunérés que par la perception de jetons de présence⁵⁴, correspondant à une somme globale fixée chaque année par l'assemblée générale et que le conseil d'administration ou de surveillance répartit à sa guise entre ses membres⁵⁵. Cette rémunération peut être complétée en respectant des conditions définies strictement par le code de commerce⁵⁶. Le code précise enfin que les administrateurs ne peuvent percevoir de la société aucune autre rémunération, permanente ou non⁵⁷.

61. La conciliation du régime de rémunération du droit des sociétés avec le statut d'élu local a été source de difficultés, dans le silence de la loi du 7 juillet 1983. Pourtant, un amendement avait été déposé au cours de la procédure parlementaire, visant à interdire toute rémunération des élus au titre de l'exercice des fonctions de représentation⁵⁸. Le rejet de cet amendement dans le texte définitif de la loi ne pouvait alors qu'être perçu comme une autorisation – demeurée implicite – de la rémunération des élus. La rémunération de la représentation pré-

53. À titre illustratif, cf. CE, 29 juillet 2002, *Élections municipales de Thonon-les-Bains*. Dans cette espèce, le juge administratif considère que « l'entreprise Spie Trindel, en raison de sa participation à un groupement d'entreprises attributaire du marché conclu par la ville de Thonon-les-Bains le 29 mai 2000 pour les travaux d'installation et d'entretien permanent des ouvrages d'éclairage public et des feux lumineux de signalisation, participait à l'exécution d'un service public municipal ; que M. X. avait le pouvoir d'engager cette société et avait d'ailleurs signé le marché au nom de la société ; que, dans ces conditions, M. X. doit être regardé comme un entrepreneur de services municipaux au sens des dispositions précitées de l'article L. 231 du code électoral ».

54. Article L. 225-45 du code de commerce.

55. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 521.

56. Il peut s'agir du remboursement des frais de déplacement et de dépenses engagées dans l'intérêt de la société (article R. 225-33 du code de commerce) ; de rémunérations exceptionnelles pour des missions particulières ; de salaires en cas de cumul régulier avec un contrat de travail. Les élus locaux représentants permanents ne peuvent, en toute hypothèse, bénéficier de ce dernier mode de rémunération qu'à condition que la détention d'un contrat de travail n'entraîne pas l'application de la théorie de l'entrepreneur de service municipal.

57. Article L. 225-44 du code de commerce. Les clauses contraires à cette disposition sont réputées non écrites.

58. Amendement proposé par J.-L. Masson, rappelé par MICHEL (J-C) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Pris, LGDJ, 1990, p. 72-73.

sentait des dangers, en particulier au regard du risque de requalification en prise illégale d'intérêts, définie par le code pénal comme « le fait [...], par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement »⁵⁹. L'assimilation des rémunérations à des prises illégales d'intérêt paraissait évidente, mais demeurait très insatisfaisante : il y avait une contradiction à, d'une part, obliger les collectivités territoriales à nommer des élus pour les représenter et, d'autre part, à qualifier de prise illégale d'intérêts la rémunération perçue au titre de ce mandat⁶⁰. Pour autant, la formulation de l'article 432-12 du code pénal est explicite et conduit à s'interroger sur le point de savoir si la perception de rémunérations par les élus ne constitue pas un intérêt personnel, distinct de l'intérêt général des collectivités territoriales représentées.

62. Devant les incertitudes liées à une éventuelle application du délit de prise illégale d'intérêts, une circulaire de 1985 a préconisé que « les représentants des collectivités territoriales et des groupements actionnaires qui souhaitent remplir des fonctions particulières entraînant la perception d'une rémunération ou d'avantages particuliers fassent confirmer l'étendue de leur mission par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés »⁶¹. D'une simple précaution, le législateur a fait une obligation par la loi du 6 février 1992, reprenant la formule de la circulaire de 1985⁶². Si le caractère obligatoire de la délibération ne faisait plus de doute, la portée d'une telle obligation demeurait incertaine : l'autorisation de percevoir une rémunération s'appliquait-elle uniquement aux fonctions de direction au sein de la société ou était-elle requise dès lors que les élus souhaitaient bénéficier d'une rémunération au titre de leur activité d'administrateur ?

63. La Cour de cassation a fait une interprétation extensive des dispositions de la loi de 1992, reconnaissant que la perception de rémunérations au titre des fonctions d'administrateurs est soumise à une approbation nécessaire et préalable des collectivités territoriales actionnaires⁶³. En l'espèce, le président d'un syndicat intercommunal avait été autorisé à représenter l'actionnaire public au sein du conseil d'administration d'une société d'économie mixte locale. La Cour relève que le syndicat n'a pas autorisé la perception de rémunération et n'en a, par conséquent, pas fixé le montant. La perception d'une rétribution ne pouvait alors qu'être assimilée à une prise illégale d'intérêts, nonobstant la délibération de la société autorisant la rémunération, ainsi que la validation, par le syndicat, des comptes de la société⁶⁴.

59. Article 432-12 du code pénal. Le délit de prise illégale d'intérêts est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Sur la notion de prise illégale d'intérêts, cf. ROBERT (J-H), MATSOPOULOU (H) - *Traité de droit pénal des affaires* - Paris, PUF, 2004, n° 86-117.

60. MAJEROWICZ (S) - La rémunération des élus, dirigeants de sociétés d'économie mixte : prise illégale d'intérêts ou non-soumission à l'article 432-12 du code pénal ? - *JCP G*, 1994, étude 3808, n° 1.

61. Circulaire du 16 juillet 1985 relative à l'information sur les conditions de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés d'économie mixte locales (SEML), *JORF*, 24 août 1985 p. 9785.

62. L'article 42 de la loi du 6 février 1992, codifié à l'article L. 1524-5 alinéa 9, précisait que « lorsque ces représentants souhaitent exercer des fonctions entraînant la perception de rémunérations ou d'avantages particuliers, ils doivent y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés ».

63. Cass. crim., 4 avril 2001, *M. Lourec*, Inédit.

64. Pour la Cour, « les délibérations de la SEM sont inopérantes en l'espèce, comme le fait que la SIAEP ait approuvé les comptes de la SEM, une telle approbation, au demeurant postérieure, n'étant pas une délibération expresse et ne fixant pas un montant maximum de rémunérations ou d'avantages ».

64. Les modalités de la rémunération des élus locaux ont été reprises par la loi du 2 janvier 2002. Désormais, l'article L. 1524-5 9° du code général des collectivités territoriales dispose que les élus locaux « peuvent percevoir une rémunération ou des avantages particuliers à condition d'y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés ». En autorisant les élus locaux à percevoir des rémunérations, le législateur a exprimé sa volonté de rapprocher les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales au droit des sociétés. L'adaptation du régime de la représentation des collectivités territoriales actionnaires n'est pas complète car les collectivités conservent un rôle prépondérant dans la relation : c'est la délibération des collectivités et non des sociétés qui autorise la perception d'une rémunération et qui fixe « le montant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient »⁶⁵. Le pouvoir de déterminer le montant des rémunérations est ainsi, et pour une large part, transféré à ses actionnaires majoritaires, même si le juge financier préconise également que le montant de la rémunération soit discuté par le conseil d'administration⁶⁶. Il s'agit par là même de limiter les risques d'abus de la part d'élus peu scrupuleux, qui se serviraient de leur influence au sein de la société pour se faire octroyer des primes ou des augmentations de salaire⁶⁷. D'une façon plus générale, les modalités de désignation et d'exercice des fonctions de représentant permanent des collectivités territoriales actionnaires ne correspondent pas tout à fait à la pratique du droit des sociétés. La difficulté à concilier les règles du droit des sociétés avec les spécificités de l'actionnariat public est également perceptible quant aux modalités de révocation des élus représentants permanents.

§ 2. LA PRÉCARITÉ DE LA FONCTION DE REPRÉSENTANT PERMANENT EXERCÉE PAR LES ÉLUS LOCAUX

65. Le droit des sociétés place les administrateurs mandataires des personnes morales dans une position précaire, car ils peuvent être révoqués à tout instant⁶⁸. Le droit applicable aux relations institutionnelles renforce cette logique : la dissolution de l'assemblée délibérante d'une collectivité entraîne la fin automatique

particuliers ; que, dès lors, la dérogation instituée par l'article 1524-5 du code général des collectivités territoriales, issue de la loi du 6 février 1992, ne pouvant être retenue en ce qui concerne la perception par Didier Lourec en 1991-1992 de rémunérations et avantages particuliers de la SEM, les textes incriminateurs du code pénal [article 432-12] devront recevoir application » (Cass. crim., 4 avril 2001, *idem*).

65. Article L. 1524-5 9° du code général des collectivités territoriales.

66. Cf. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 10 février 2011, *Société d'économie mixte Adévia*, p. 9-10.

67. Ainsi et par exemple, le juge financier s'est interrogé sur l'augmentation brutale du montant de la rémunération d'un élu local, représentant permanent d'une commune actionnaire d'une société d'économie mixte locale et président du conseil d'administration de la société, alors même que celle-ci connaissait des difficultés financières importantes et récurrentes. Le juge relève alors que cette décision, prise tacitement par l'élu local sans que la commune et le conseil d'administration de l'entreprise aient été consultés, « peut être regardée comme entachés, pour le moins, d'une erreur manifeste d'appréciation » (CRC Rhône-Alpes, ROD 26 novembre 2010, *Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Alleverd*, n° 1.2).

68. Sur les conditions de nomination des représentants permanents, cf. OPPETIT (B) - Le représentant permanent d'une personne morale administrateur de société anonyme - *JCP G*, 1969, I, 2227.

des mandats de ses représentants permanents dans les sociétés d'économie mixte locales⁶⁹. L'article L. 1524-5 alinéa 12 du code général des collectivités territoriales reprend les motifs de révocation issus du code de commerce⁷⁰. Il ajoute qu'« en cas de fin légale du mandat de l'assemblée, le mandat de ses représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance est prorogé jusqu'à la désignation de leurs remplaçants par la nouvelle assemblée, leurs pouvoirs se limitant à la gestion des affaires courantes ». Les mandats de l'élu représentant et de l'assemblée l'ayant nommé sont liés et la dissolution de l'assemblée entraîne la fin du mandat de représentation dans la société⁷¹. En organisant ces modalités de révocation automatique, le code renforce le lien institutionnel entre les collectivités territoriales administrateurs et leurs mandataires.

66. L'existence d'une procédure de révocation automatique est une marque de spécificité de l'économie mixte locale et de la difficulté à concilier la nature d'autorité publique avec la fonction d'actionnaire. Les élus locaux ne représentent pas seulement une personne morale actionnaire, ils sont une émanation des collectivités territoriales administrateurs. Leur mandat social est lié à leur mandat électif ; il est le support de la volonté des assemblées délibérantes des actionnaires publics. Il prend fin lorsque la composition de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales évolue, peu importe qu'ils soient ou non réélus aux mêmes fonctions par la suite⁷².

67. La révocation automatique soulève des difficultés au regard du droit des sociétés. M. Peltier relève ainsi que le lien, entre renouvellement de l'assemblée délibérante et celui de la désignation des représentants dans les organes sociaux, n'est pas nécessairement favorable à la société car « les orientations de la société peuvent varier au rythme des renouvellements politiques qui peuvent

69. Cass. com., 30 janvier 2001, *Société d'équipement de l'Auvergne (SEAU)*, Bull. Joly, 2001, p. 512 et s., note Pézard.

70. Le code général des collectivités territoriales reprend textuellement les conditions de fin de mandat du représentant permanent énumérées aux articles L. 225-20 et L. 225-74 du code de commerce. L'article R. 1524-4 du code général des collectivités territoriales dispose que « les représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires peuvent être relevés de leurs fonctions à tout moment par l'assemblée qui les a désignés, celle-ci étant tenue de pourvoir simultanément à leur remplacement et d'en informer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ». L'article précise également que, « en cas de vacance du siège qui lui a été attribué au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement actionnaire désigne son représentant lors de la première réunion qui suit cette vacance. Toutefois, dans l'intervalle des sessions du conseil régional ou du conseil général la commission permanente du conseil régional ou celle du conseil général peut désigner à titre provisoire un nouveau représentant ».

71. L'article R. 1524-3 du code général des collectivités territoriales énumère les causes de révocation automatique des mandataires : « en ce qui concerne ceux d'une commune lors du renouvellement intégral du conseil municipal ; en ce qui concerne ceux d'un département lors de chaque renouvellement triennal du conseil général ou en cas de dissolution ; en ce qui concerne ceux d'une région, lors du renouvellement intégral du conseil régional ; en ce qui concerne ceux d'un groupement, lors du renouvellement partiel ou intégral de l'assemblée délibérante du groupement ». L'article R. 1524-4 du code ajoute que, « en cas de dissolution de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale ou d'un groupement actionnaire, de démission de l'ensemble de ses membres ou d'annulation devenue définitive de l'élection de l'ensemble de ses membres, le mandat de ses représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance est prorogé jusqu'à la désignation de leurs remplaçants par la nouvelle assemblée ».

72. Article R. 1524-5 du code général des collectivités territoriales. Dans cette situation, les mêmes élus seront à nouveau désignés mandataires.

ne pas s'accorder avec le bon fonctionnement de la société »⁷³. Il est vrai que le changement régulier de représentation peut nuire à la détermination d'une politique d'entreprise sur le long terme. Néanmoins, permettre aux élus de demeurer représentants permanents, alors qu'ils ne sont plus membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, présenterait plusieurs difficultés. D'abord, cela contreviendrait directement au code général des collectivités territoriales, lequel impose que les représentants permanents soient choisis parmi les membres des assemblées délibérantes⁷⁴. Ensuite, cela ne serait pas un réel rapprochement avec les dispositions du code de commerce puisque l'assemblée nouvellement élue aurait toujours la possibilité de révoquer les anciens représentants pour en désigner des nouveaux⁷⁵. Enfin, les orientations de la société étant, par définition, liées à celles des collectivités territoriales actionnaires, imposer le renouvellement des mandataires favorise la prédominance des collectivités territoriales sur le fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales.

68. Le régime de la représentation des collectivités territoriales actionnaire est comparable à celui de la représentation de l'État actionnaire. Dans les deux cas, l'actionnariat remet en cause la « souveraineté » de l'assemblée générale de la société⁷⁶ : alors que sa compétence pour nommer et révoquer les membres du conseil d'administration et de surveillance est d'ordre public⁷⁷, ses pouvoirs sont transférés aux actionnaires publics. Il s'en distingue toutefois car il n'existe pas de mécanisme de révocation automatique des représentants de l'État actionnaire⁷⁸. La libre révocabilité des représentants permanents de l'État a été admise par la jurisprudence⁷⁹ avant d'être consacrée par la loi du 26 juillet 1983⁸⁰. Le régime antérieur, empreint de particularismes, imposait parfois la mise en évidence d'une faute grave pour que puisse être mis fin au mandat de représentant⁸¹. En tout état de cause, il ne saurait être question d'une révocation automatique puisque les représentants de l'État ne sont pas des élus. Les différences dans le régime juridique de la révocation des administrateurs attestent que les élus locaux sont

73. PELTIER (M) - *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 149.

74. Article L. 1524-5 alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales.

75. Article L. 1524-5 alinéa 12 du code général des collectivités territoriales.

76. CARTIER-BRESSON (A) - *L'État actionnaire* - Paris, LGDJ, 2010, n° 102.

77. Article L. 225-18 du code de commerce (cf. MONSALLIER (M-C) - *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme* - Paris, LGDJ, 1998, n° 576).

78. Sur cette question, cf. CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* - n°102-103 ; NGUYEN QUOC (V) - *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales* - Paris, LGDJ, 1979, n° 219.

79. CE, 24 mai 1968, *Varenne*, Rec. 333. Le Conseil d'État précise que « le gouvernement pouvait, en vertu de l'article 2 du décret du 11 janvier 1952, lui retirer à tout moment ses fonctions » alors que ledit décret prévoit que les représentants de l'État « cessent leurs fonctions s'ils perdent la qualité de fonctionnaires, s'ils adressent leur démission aux ministres qu'ils représentent ou s'ils sont remplacés à l'initiative de ces ministres » (Décret n° 52-49 du 11 janvier 1952 portant statut des représentants de l'État dans les conseils de sociétés d'économie mixte, *JORF*, 13 janvier 1952, p. 564). Le Conseil d'État fait une interprétation souple des dispositions du décret en considérant que le ministre pouvait relever le représentant de ses fonctions à tout moment. Il faut noter que dans ces dispositions les fonctionnaires représentent les ministres et non l'État actionnaire.

80. Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983. Loi relative à la démocratisation du secteur public, *JORF*, 27 juillet 1983, p. 2326. L'article 12 de la loi prévoit qu'« il peut être mis fin, à tout moment, par décret, au mandat des membres des conseils d'administration ou de surveillance des entreprises mentionnées à l'article 1^{er}, nommés par décret ».

81. Pour exemple, cf. décret-loi du 31 août 1937 portant approbation et publication de la convention du 31 août 1937 réorganisant le régime des chemins de fer, *JORF*, 1^{er} septembre 1937, p. 10065.

davantage assimilés à des mandataires des collectivités territoriales administrateurs qu'à des représentants, ce que confirment les atténuations apportées à leur régime de responsabilité.

SECTION 2

L'ATTÉNUATION DE LA RESPONSABILITÉ DES ÉLUS LOCAUX REPRÉSENTANT LES COLLECTIVITÉS ACTIONNAIRES

69. Lorsqu'une personne morale est représentée au sein du conseil d'administration ou de surveillance d'une société commerciale, le représentant permanent « encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente »⁸². Alors qu'il ne fait que représenter la personne morale, il supporte en son nom les conséquences des décisions qu'il a prises au nom de la personne morale. La spécificité de l'économie mixte locale tient à la difficulté à concilier ce régime général de responsabilité personnelle avec le statut des élus locaux. Les élus participent à l'administration et à la surveillance des sociétés d'économie mixte locales dans des conditions proches du droit des sociétés. Le régime de leur responsabilité est cependant aménagé et n'exclut pas celle des collectivités territoriales. Elle est partagée entre les actionnaires majoritaires et leurs représentants permanents. La responsabilité civile est assumée par les collectivités territoriales (§ 1), tandis que la responsabilité pénale est supportée par les élus locaux (§ 2). Du fait de leur statut d'élus locaux, la responsabilité financière des représentants permanents apparaît par ailleurs difficile à contourner (§ 3).

§ 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE ASSUMÉE PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

70. La responsabilité civile liée à la direction des sociétés d'économie mixte locales est assumée par les collectivités territoriales, que l'action en responsabilité soit dirigée contre les élus (I) ou directement contre les collectivités territoriales (II).

I. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ÉLUS LOCAUX TRANSFÉRÉE AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

71. En cas d'action en responsabilité civile les élus locaux sont protégés, que l'action soit intentée par la société ou par des tiers à celle-ci. Leur responsabilité personnelle est par principe transférée aux collectivités territoriales (A). Cette

82. Articles L. 225-20 et L. 225-76 du code de commerce. Pour une présentation générale des mécanismes de responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales, cf. COZIAN (M), VIAN-DIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.*, n° 613-645. Le régime de la responsabilité fiscale des sociétés d'économie mixte locales ne diffère pas de celui organisé par la législation commerciale (pour une présentation rapide de celui-ci, cf. COZIAN (M), VIAN-DIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 291-292).

substitution n'est pas pour autant une immunité, car le transfert de responsabilité est limité (B).

A. LE PRINCIPE DU TRANSFERT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ÉLUS LOCAUX

72. Le transfert de la responsabilité civile des élus locaux a été instauré par décret en 1959⁸³. Il s'agit de l'une des caractéristiques fondamentales de l'économie mixte locale, constamment rappelée par la jurisprudence, puis par le législateur dès 1983⁸⁴. L'article L. 1524-5 alinéa 8 du code général des collectivités territoriales prévoit que, « par dérogation à l'article L. 225-20 du code de commerce, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale ou au groupement dont ils sont mandataires »⁸⁵. Le principe est clair et il a été interprété de façon extensive. Par exemple, lorsque la Cour de discipline budgétaire et financière calque le régime de responsabilité d'un élu sur celui du droit des sociétés, la Cour étend le principe du transfert de la responsabilité et l'applique en cas de liquidation judiciaire de la société⁸⁶.

73. Le transfert de la responsabilité civile des élus locaux aux collectivités territoriales n'est pas spécifique aux sociétés d'économie mixte locales. En premier lieu, le code général des collectivités territoriales organise un principe équivalent dès lors qu'une collectivité territoriale est actionnaire d'une société anonyme⁸⁷. Cette extension est définie limitativement, la responsabilité personnelle des élus devant être recherchée dès lors que, par exemple, la société n'a pas la forme d'une

83. Article 14 du décret du 19 octobre 1959 : « les responsabilités civiles résultant de l'exercice du mandat des représentants incombent au département ou à la commune » (Décret n° 59-1201 du 19 octobre 1959 portant réglementation publique pour l'application de l'article 3 du décret n° 55-579 du 20 mai 1955 et des articles 395 à 401 du code de l'administration communale en ce qui concerne la participation des départements et des communes à des entreprises privées, *JORF*, 24 octobre 1959, p. 10121).

84. Article 8 alinéa 5 de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales (*JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099). La consécration législative du principe était souhaitable depuis l'adoption de la loi du 26 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales (*JORF*, 26 juillet 1966, p. 6402). Attribuant valeur législative au principe de la responsabilité civile personnelle des représentants permanents au sein de la société, la loi de 1966 fragilisait le principe du transfert de la responsabilité des élus aux actionnaires publics, bien que J. Foyer, garde des Sceaux, ait affirmé le contraire « par application de la règle *specialia generalibus derogant* » (Sénat, débats, *JO*, 20 avril 1966, p. 209).

85. Article L. 1524-5 du code : « lorsque ces représentants ont été désignés par l'assemblée spéciale, cette responsabilité incombe solidairement aux collectivités territoriales ou aux groupements membres de cette assemblée ».

86. Cass. com., 25 juin 1991, *Lebas, Société d'urbanisation, d'aménagement, d'équipement et de construction de la ville de Jeumont et de l'arrondissement d'Avesnes (SEMVIJA)*, Bull. civ. IV 239 ; cassant CDBF, 16 juin 1987, *Lebas, SEMVIJA*, *JORF*, 23 février 1988, p. 2528., Rec. 512.

87. Selon les articles L. 2253-5 (pour les communes), L. 3231-8 (pour les départements) et L. 4253-4 (pour les régions) du code général des collectivités territoriales, « lorsque, dans une société anonyme, une [collectivité territoriale] a la qualité de membre ou de président du conseil d'administration, de membre du directoire, de membre ou de président du conseil de surveillance, la responsabilité civile résultant de l'exercice du mandat des représentants de la commune incombe à la commune et non à ces représentants ». Pour une présentation générale du mécanisme de transfert de la responsabilité civile aux collectivités territoriales, cf. PELTIER (M) - *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 154-166, et, en particulier, n° 157.

société anonyme ou que l'élu n'exerce pas les mandats définis par le code général des collectivités territoriales⁸⁸. En second lieu, le principe du transfert de responsabilité peut être étendu aux sociétés dans lesquelles l'État est actionnaire. Sa mise en œuvre est plus délicate, les représentants permanents de l'État étant des agents publics. Ils bénéficient alors d'une protection *de facto* contre les risques d'engagement de leur responsabilité civile, même si aucun texte n'organise le transfert de la responsabilité civile vers l'État actionnaire⁸⁹. Le Conseil constitutionnel a ainsi expressément rappelé que l'État « répond des fautes commises par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions et ne peut mettre en cause la responsabilité personnelle de ceux-ci qu'en cas de faute personnelle de leur part »⁹⁰. Même en l'absence de codification, la situation des dirigeants d'entreprises publiques nationales est proche de celle des élus locaux dirigeants de sociétés d'économie mixte locales.

74. Le transfert de la responsabilité civile trouve une application particulière dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Seules les collectivités territoriales sont détentrices de pouvoirs dans les organes délibérants et par conséquent elles en assument seules la responsabilité. Il en résulte que lorsqu'une société est dirigée par un élu local, « le représentant d'une commune au sein du conseil d'administration d'une société d'économie mixte, constituée sous la forme d'une société anonyme, conserve cette qualité dans les fonctions de président de ce conseil et que l'action engagée par le syndic [...] en raison du comportement du représentant de la commune dirigeant de la société d'économie mixte, doit être dirigée contre la commune et non contre son représentant »⁹¹. L'interprétation extensive du principe du transfert permet aux élus locaux d'exercer, au nom des collectivités territoriales, des fonctions de direction de la société⁹².

75. L'existence d'une protection contre la possibilité d'engagement de la responsabilité civile des élus locaux s'explique par le lien unissant les actionnaires publics et leurs représentants⁹³. La représentation des actionnaires publics devient un attribut du mandat électoral, permettant de considérer que « font partie de leurs fonctions, les activités exercées en vertu d'une délibération de l'assemblée qui les a désignées »⁹⁴. À la différence des sociétés commerciales dans lesquelles les représentants permanents sont choisis librement par les personnes morales membres des organes dirigeants, les élus locaux n'ont pas le choix d'exercer ces fonctions dans les sociétés. Dès lors que la collectivité territoriale est actionnaire, ils sont dans l'obligation d'exercer ces mandats sociaux. Le transfert de la responsabilité civile permet de compenser cette charge et constitue une « faveur »⁹⁵ au bénéfice des seuls élus locaux. Ainsi, les dirigeants de sociétés d'économie mixte

88. Articles L. 2253-5, L. 3231-8 et L. 4253-4 du code général des collectivités territoriales, *op. cit.*

89. CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* - n° 143-145.

90. CC, n° 83-162 DC des 19-20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, *Droit social*, 1984, p. 162 et s., note Hamon.

91. Cass. com., 25 juin 1991, *op. cit.*

92. Sur la direction des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales, *cf. infra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

93. PELTIER (M) - *op. cit.* - n° 161.

94. MAJEROWICZ (S) - *op. cit.* - p. 373.

95. THOMAS (V) - La responsabilité des dirigeants des sociétés d'économie mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 338.

locales exerçant ces fonctions en leur nom propre ne sont pas protégées par la règle du transfert de la responsabilité civile. Même lorsqu'ils exercent leur mandat au nom des collectivités territoriales, la protection accordée aux élus locaux n'est pas absolue et connaît quelques atténuations.

B. LES LIMITES AU TRANSFERT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ÉLUS LOCAUX

76. Les élus locaux dirigeants de sociétés d'économie mixte locales ne bénéficient pas d'une immunité et leur responsabilité civile personnelle peut être engagée dans trois circonstances de nature très différente. La première limite tient à l'imprécision de l'article L. 1524-5 alinéa 8 du code général des collectivités territoriales. Les conditions du transfert de la responsabilité y sont définies de façon expresse et très précise, par dérogation à l'article L. 225-20 du code de commerce. Or, ce dernier ne vise que les fonctions d'administrateur des sociétés constituées sous la forme moniste, dotées d'un conseil d'administration et d'un directeur général. *A contrario*, les fonctions de direction dans les sociétés de type dualiste, composées d'un conseil de surveillance et d'un directoire, ne sont pas visées. Interprété strictement, le code général des collectivités territoriales ne prémunit pas les élus représentants permanents dans ce type de sociétés des risques d'engagement de leur responsabilité civile personnelle. Rien ne semble justifier cette différence de traitement, dont la portée demeure relative : d'une part parce que les sociétés d'économie mixte locales constituées sous la forme dualiste sont très peu nombreuses⁹⁶, d'autre part parce que le juge a toujours la possibilité d'interpréter largement les dispositions de l'article L. 1524-5 alinéa 8 du code.

77. La deuxième limite tient à la possibilité d'engager la responsabilité personnelle des élus en cas de faute personnelle de ceux-ci. La question de la recevabilité de cette action n'est pas réglée par le code général des collectivités territoriales⁹⁷, mais de la Cour de cassation, « il ressort de [l'article L. 1524-5 du code], qu'en l'absence de faute personnelle, commise hors mandat, le représentant d'une collectivité locale au sein d'une société d'économie mixte ne peut se voir que pénalement sanctionné »⁹⁸. *A contrario*, leur responsabilité personnelle doit pouvoir être engagée lorsqu'ils commettent une faute détachable de leurs fonctions. Deux situations peuvent être distinguées suivant que l'action en responsabilité est intentée par des membres de la société (actionnaires ou dirigeants) ou par des tiers. La distinction entre ces deux types d'action reprend celle du droit

96. En l'absence d'études exhaustives, il est difficile de préciser le pourcentage d'utilisation de chaque type de structure. Néanmoins, l'analyse systématique des rapports d'observations définitives des chambres régionales et territoriales des comptes sur la période 2004-2010 permet d'en faire une approximation : sur plus de 500 sociétés analysées, les chambres ont relevé moins de 40 utilisations de la forme dualiste, soit moins de 8 % de l'ensemble des sociétés contrôlées.

97. À titre illustratif, cf. BIZET (J-F) - La responsabilité des élus à la tête des sociétés d'économie mixte. Aspects administratif et civil - *LPA*, 1995, n° 20, p. 31 et s. ; GERMAIN (M), LEGROS (J-P) - Les sociétés d'économie mixte locales. La responsabilité des dirigeants - *AJDA*, 1993, p. 630 et s. ; MAJEROWICZ (S) - Des difficultés de la représentation des collectivités locales, administrateurs de sociétés d'économie mixte - *JCP G*, 1991, I, 3543.

98. Cass. com., 8 janvier 2002, *Moustache*, Bull. civ. IV, p. 5, *JCP A*, 2002, comm. 53, note Gintrand.

des sociétés⁹⁹, mais reçoit une interprétation particulière dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales.

78. Lorsqu'une action contre les dirigeants est portée par les membres de la société, leur responsabilité personnelle ne peut être engagée qu'en cas de faute personnelle, détachable des fonctions. En l'absence d'encadrement législatif précis, la détermination de cette notion n'est pas aisée. Elle doit être recherchée par analogie avec la notion de faute personnelle des agents publics, définie comme celle qui « se détache soit subjectivement, eu égard aux mobiles qui animent l'agent, soit objectivement, en cas de manquement caractérisé aux obligations professionnelles »¹⁰⁰. Pour A. Cartier-Bresson, la mise en œuvre d'une responsabilité civile des dirigeants d'entreprises publiques nationales pour des fautes personnelles « semble difficilement pouvoir coïncider avec les fautes susceptibles d'être reprochées, en vertu du code de commerce, aux administrateurs ou aux dirigeants »¹⁰¹. Seule la désobéissance – consciente et volontaire – aux instructions des actionnaires publics pourrait être qualifiée de faute personnelle, dans la mesure où celle-ci n'est pas constitutive d'une simple négligence¹⁰². Ce raisonnement peut parfaitement être transposé aux sociétés d'économie mixte locales et souligne les limites de cette procédure.

79. Lorsque l'action en responsabilité civile est intentée par des tiers, la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux ne peut être qu'exceptionnellement engagée. Dans cette hypothèse le juge judiciaire les protège, sauf s'ils ont commis une faute séparable de leurs fonctions sociales. En dehors de ce cas précis, seule la responsabilité de la société peut être recherchée¹⁰³. La Cour reprend la logique du droit administratif, faisant assumer les risques de la gestion sociale par la société, sauf lorsque les dirigeants ont commis des fautes détachables de leurs fonctions. Dans cette dernière hypothèse, la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux peut être recherchée, éventuellement *in solidum* avec celle des personnes morales qu'elles représentent¹⁰⁴. Transposées dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, les règles du droit des sociétés ne permettent pas pour autant d'engager directement la responsabilité personnelle des élus. Le juge maintient le principe du transfert de la responsabilité civile aux collectivités, et reconnaît incidemment qu'une faute

99. Article L. 225-251 du code de commerce. Pour une présentation détaillée de la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit des sociétés, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 614-620.

100. VAN LANG (A) - Faute personnelle de l'agent territorial et de l'élu local - *Lamy collectivités territoriales, responsabilités. Personnes publiques. Élus locaux. Agents territoriaux* - Paris, Éditions Lamy, 2007, étude 262 - n° 262-13. Sur la distinction entre faute de service et faute personnelle, cf. CHAPUS (R) - *Droit administratif général* - Paris, Montchrestien, Tome 1, 15^e éd., 2001, n° 1521-1542.

101. CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* - n° 145.

102. A. Demichel précise que « pour qu'une faute de l'administrateur puisse être considérée comme détachable, il faut qu'elle soit absolument caractérisée, ce qui sera par exemple le cas lorsqu'un administrateur aura outrepassé les consignes ministérielles, ou aura commis une faute pénale » (*in - Le contrôle de l'État sur les organismes privés* - Paris, LGDJ, 1960, p. 362).

103. Le principe du transfert de la responsabilité civile des dirigeants sur la société a été affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation en 1977 et n'a pas été contredit depuis (cf. Cass. 2^e civ., 27 avril 1977, *Société Guerre*, Bull. civ. II, n° 108 p. 74). Sur la notion de faute personnelle en droit des sociétés, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 282-289.

104. VINEY (G), JOURDAIN (P) - *Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité* - Paris, LGDJ, 3^e éd., 2006, 1397 p.

personnelle peut entraîner la responsabilité de la collectivité, sur le fondement de l'article L. 1534-5 alinéa 8 du code général des collectivités territoriales¹⁰⁵. Par exemple, lorsqu'une collectivité invoque la faute de son représentant pour écarter sa responsabilité, le Tribunal des conflits écarte le moyen au motif que la responsabilité de la commune peut être recherchée en raison de la qualité d'administrateur ou de dirigeant de droit de son représentant permanent¹⁰⁶. La solution retenue est paradoxale car une faute détachable des fonctions n'entraîne pas la responsabilité personnelle de son auteur, mais celle de la collectivité territoriale. Elle n'aura alors d'autre choix que d'exercer une action récursoire si elle souhaite obtenir la condamnation de son représentant¹⁰⁷.

80. Quel que soit le fondement de l'action engagée contre les représentants permanents, la qualification de faute personnelle n'est pas plus aisée devant le juge judiciaire que devant le juge administratif¹⁰⁸. La Cour de cassation relève par exemple qu'en l'absence d'élément intentionnel, « la longueur des procédures n'apparaissait pas comme la conséquence directe et certaine de l'attitude du représentant de la commune au sein du conseil d'administration de la Société d'économie mixte de Cavalaire-sur-Mer » et que par conséquent « le fait de n'avoir pas prévu les sommes nécessaires pour payer les honoraires de M. X ne pouvait s'analyser comme une faute de gestion comptable »¹⁰⁹. *A contrario*, l'élu dirigeant commet une telle faute lorsque le recours à une société d'économie mixte locale, « qui consistait à installer une usine de construction de cycles sur le territoire de la commune, a été lancé de façon inconsidérée sans qu'aucune étude préalable à l'offre ait été réalisée »¹¹⁰. Dans cette hypothèse, il ne bénéficie plus de la protection de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales et sa responsabilité sera engagée solidairement avec celle de l'actionnaire public dont il est mandataire¹¹¹.

81. La dernière limite à l'engagement de la responsabilité tient à l'hypothèse d'une liquidation judiciaire de la société. Dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, le juge judiciaire a refusé la protection de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales aux élus locaux¹¹². Les mesures de faillite personnelle et d'interdiction de diriger ou de

105. Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2007, *Société d'économie mixte de Cavalaire-sur-Mer (SEMI-CAM)*, Inédit, *JCP ACT*, mars 2008, comm. 2068, note Renard-Payen.

106. TC, 14 février 2000, *Société anonyme d'Imphy c/ Commune d'Ingrandes-sur-Vienne*, Rec. 1., *RGCT*, 2000, p. 372 et s., note Devès.

107. À titre illustratif, cf. CA Caen, 24 septembre 1998, *Société d'économie mixte de Cabourg et sa région (SEMCAR)*, *RGCT*, 1998, n° 2, note Devès.

108. En particulier, il ne semble pas opportun de calquer le raisonnement du juge judiciaire sur celui du juge administratif pour déterminer la notion de faute personnelle (PELTIER (M) - *op. cit.* - n° 162-166 ; THOMAS (V) - *op. cit.* - p. 340).

109. Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2007, *Société d'économie mixte de Cavalaire-sur-Mer (SEMI-CAM)*, *op. cit.*

110. Le juge complète son analyse en constatant « que le matériel était toujours, un an plus tard, entreposé sur le port ». Cass. com., 8 janvier 2002, *Albenque c/ Me Ravise-Bès, ès qual.*, Bull. IV p. 7, *Rev. Sociétés*, 2003, p. 308 et s., note Lucas.

111. À titre illustratif, cf. Cass. com., 8 janvier 2002, *Albenque c/ Me Ravise-Bès, ès qual.*, *op. cit.*

112. Selon la Cour de cassation, « l'article L. 1524-5, alinéa 4, du code général des collectivités territoriales ne déroge pas aux dispositions [...] du code de commerce, selon lesquelles la mesure de faillite personnelle et les autres mesures d'interdiction peuvent être prononcées à l'encontre des personnes physiques, représentants permanents de personnes morales, dirigeants des personnes morales ayant une activité économique » (Cass. com., 8 janvier 2002, *Moustache*, *op. cit.*).

contrôler des entreprises ne correspondent pas à la mise en œuvre d'une action en responsabilité civile ; elles sont des déchéances¹¹³, qualifiées par le juge de « sanctions »¹¹⁴ constitutives de « mesures d'intérêt public »¹¹⁵ dérogeant aux principes de l'irresponsabilité civile des élus locaux¹¹⁶. Dans les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, le juge fait une application du droit commun des sociétés, montrant que la spécificité du statut des élus locaux n'est pas sans limite. Cette décision est d'autant plus logique que les déchéances tendent à « prémunir les tiers contre l'incompétence ou la malhonnêteté de certains entrepreneurs et dirigeants »¹¹⁷, quel que soit leur statut. Lorsqu'une telle mesure est prononcée, une distinction est faite entre les mesures d'ordre patrimonial imposées par la situation économique de l'entreprise et les sanctions civiles, pénales ou professionnelles que réclame la conduite des dirigeants de l'entreprise¹¹⁸. Au titre de ces sanctions, le tribunal de commerce peut prononcer des mesures de faillite personnelle contre les dirigeants fautifs, privant ces derniers du droit de diriger directement ou indirectement toute entreprise commerciale ou artisanale et toute personne morale ayant une activité économique¹¹⁹. Il peut également lui interdire de diriger ou de contrôler, directement ou indirectement, une entreprise ou une personne morale¹²⁰.

82. Les élus locaux sont largement prémunis des risques d'engagement d'une responsabilité civile personnelle pour les opérations réalisées en qualité de représentants permanents des collectivités territoriales. Seule la responsabilité des collectivités territoriales pourra être engagée du fait de leur appartenance aux organes de direction des sociétés d'économie mixte locales.

113. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 306-307.

114. CA Caen, 24 septembre 1998, *Société d'économie mixte de Cabourg et sa région (SEM-CAR)*, *op. cit.*

115. Cass. com., 8 janvier 2002, *Moustache*, *op. cit.* C'est le sens des conclusions de l'avocat général Jobard, selon lequel « le représentant permanent de la commune bénéficie d'une dérogation en ce qui concerne sa responsabilité civile, puisque cette dernière ne lui incombe pas personnellement, mais incombe à la collectivité territoriale dont il est mandataire ». Selon lui « cette disparité ne paraît pas avoir d'incidence au cas d'espèce, puisqu'ici la sanction de la faillite personnelle ne se situe aucunement sur ce terrain ; elle n'implique nullement la mise en cause de la responsabilité civile de ce représentant de la personne morale » (cité par CLAMOUR (G) - Société d'économie mixte et procédure collective : la situation des dirigeants-personnes morales de droit public - *AJDA*, 2002, p. 812).

116. Pour une illustration de l'application de la mesure de faillite personnelle aux dirigeants d'une société de droit commun, cf. Cass. com., 19 décembre 2006, *Gibert et Ouizille ex qual.*, *Bill. IV* n° 259, p. 283, *Rev. sociétés*, 2007, p. 416, note Saintourens.

117. LANDBECK (D) - Conditions de l'application, à la suite d'une procédure collective dirigée contre une société d'économie mixte, de sanctions personnelles aux dirigeants de la société - Note sous Cass. com., 8 janvier 2002, *Moustache et Mme Ravise-Bes*, *ex qual. et a.* ; 8 janvier 2002, *Albenque et a. et Mme Ravise-Bes*, *ex qual. et al.* - *JCP G*, 2002, II 10057.

118. Sur la notion de redressement judiciaire et de ses conséquences sur le patrimoine des dirigeants de sociétés commerciale, cf. MARTIN-SERF (A) - Redressement et liquidation judiciaires. Sanctions professionnelles et pénales. Faillite personnelle et autres - *J. Cl. Procédures collectives*, fasc. 2910.

119. Article L. 653-3 du code de commerce. La mise en faillite personnelle résulte du constat de manquements graves commis dans les fonctions de direction de l'entreprise : selon le code, il faut « avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements » ou « avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif ou frauduleusement augmenté son passif » (cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 306-307).

120. Article L. 653-8 du code de commerce. Cette sanction est plus douce que la mesure de faillite personnelle car elle peut être modulée par le juge et ne s'applique que pour des entreprises déterminées (cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 308).

II. LA RESPONSABILITÉ CIVILE ASSUMÉE PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

83. La responsabilité civile des collectivités territoriales actionnaires peut être engagée à la place de celle des élus les représentant, et éventuellement solidairement avec celle-ci. D'une part, lorsque la société est bénéficiaire elle est dite *in bonis*, le régime de responsabilité est globalement favorable aux dirigeants¹²¹. Elle est limitée à la commission de fautes dans la gestion de la société¹²², entendue par le juge judiciaire comme un acte méconnaissant ses intérêts¹²³. La responsabilité peut alors être engagée par les associés ou les actionnaires de l'entreprise ou, exceptionnellement, par des tiers lorsque ces fautes sont constitutives d'une faute personnelle. D'autre part, lorsque la société d'économie mixte locale est déficitaire et fait l'objet d'une procédure collective, la responsabilité des dirigeants sociaux peut être recherchée pour des fautes commises dans la gestion de l'entreprise. Les règles générales d'engagement de la responsabilité s'effacent au profit d'une responsabilité pour insuffisance d'actifs. Dès lors que l'opération de liquidation judiciaire fait apparaître une insuffisance d'actifs liée à des fautes dans la gestion de l'entreprise, le tribunal peut décider que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, par les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux¹²⁴. La notion de faute de gestion retenue pour l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants ne recouvre pas seulement les comportements contraires à l'intérêt social au sens de l'article L. 225-251 du code de commerce mais toutes les fautes accomplies lors de la gestion sociale¹²⁵.

84. La transposition du régime de droit privé aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales ne pose pas de difficulté théorique¹²⁶. Cependant, la détermination de la juridiction compétente peut s'avérer délicate et donne parfois lieu à des divergences d'interprétation entre les différents ordres de juridiction¹²⁷. Classiquement, la répartition opérée par le Tribunal des conflits entre les compétences administrative et judiciaire se fonde sur la nature des relations entretenues par les collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Lorsque les collectivités territoriales sont les dirigeants de droit d'une personne morale de droit privé, les tribunaux judiciaires sont compétents. La collectivité territoriale n'est pas, pour reprendre l'expression du commissaire du gouvernement Labetoulle, « considérée en tant que telle, avec son rôle et ses attributs de personne publique, mais en tant que

121. Sur la responsabilité civile des collectivités territoriales dirigeantes de sociétés d'économie mixte locales *in bonis*, cf. THOMAS (V) - *op. cit.* - p. 332-336.

122. Article L. 225-251 du code de commerce.

123. Il s'agit, par exemple, de sanctionner le dirigeant dont les irrégularités comptables ont entraîné le redressement fiscal de la société (Cass. com., 12 octobre 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 1257 et s.).

124. Article L. 651-2 du code de commerce.

125. Pour une approche de la notion de responsabilité civile des dirigeants dans le cadre des procédures collectives, cf. HANNOUN (C) - Redressement et liquidation judiciaires. Dirigeants sociaux. Sanctions patrimoniales. Responsabilité pour insuffisance d'actif. Obligation aux dettes sociales - *J. Cl. Procédures collectives*, fasc. 2905.

126. PELTIER (M) - *op. cit.* - n° 554. La même responsabilité peut être engagée contre l'État actionnaire (cf. CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* - n° 144).

127. Cf. PELTIER (M) - *op. cit.* - n° 267-272.

dirigeant [...], en tant que participant à la vie interne d'une personne privée »¹²⁸. À l'inverse, lorsque la collectivité territoriale est dirigeante de fait d'un organisme privé, l'action en insuffisance d'actif échappe à la compétence judiciaire car elle nécessite une appréciation d'un comportement de la puissance publique exercé hors du cadre du droit privé¹²⁹. Seule la juridiction administrative est compétente, tant pour constater la direction de fait de la société d'économie mixte locale que pour condamner les personnes publiques dirigeantes¹³⁰.

85. Le critère de répartition des compétences a été brouillé par la décision du Tribunal des conflits du 15 novembre 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne*, rendue à propos d'une association para-administrative. Faisant fi de sa jurisprudence antérieure, le Tribunal a affirmé qu'il ne résulte d'aucune disposition « que le législateur ait entendu, par dérogation aux principes gouvernant la responsabilité des personnes publiques, faire relever de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, la recherche de la responsabilité civile de l'État ou d'autres personnes morales de droit public au titre de l'exercice d'une mission de service public administratif »¹³¹. La spécificité du régime de responsabilité est liée à l'exercice de missions de service public administratif par l'organisme de droit privé. Concernant les sociétés d'économie mixte locales, le Tribunal a rappelé, dès le 14 février 2000, sa jurisprudence antérieure d'après laquelle « l'action exercée par la SA Imphy contre la commune se fonde exclusivement sur la responsabilité que cette collectivité aurait encourue dans la gestion de la société d'économie mixte [en sa qualité de dirigeant de droit et] met en cause des rapports de droit privé, relève des tribunaux de l'ordre judiciaire »¹³². L'articulation entre les deux critères est d'autant plus délicate que la Cour de cassation s'est déclarée compétente, en 2002 puis en 2006, pour connaître de l'action dirigée contre des collectivités territoriales sans reprendre expressément le critère du service public administratif¹³³. Selon elle, « l'action en paiement des dettes sociales exercée contre une commune qui se fonde exclusivement sur la faute que cette collectivité aurait commise dans la gestion d'une société d'économie mixte [...] met en cause des rapports de droit privé et relève des tribunaux de l'ordre judiciaire »¹³⁴. Le maintien du critère de la direction de droit était d'autant plus étonnant que, dans l'affaire *Albenque*, le juge judiciaire était confronté à une société d'aménagement dont le caractère administratif de l'activité est très marqué¹³⁵. Cette décision

128. LABETOULLE (D) - Conclusions sur TC, 2 juillet 1984, *Préfet, commissaire de la République du Loiret c/ Tribunal de grande instance d'Orléans - JCP G*, 1984, II, 20306, p. 52. Pour une application aux sociétés d'économie mixte locales, cf. Cass. com., 9 janvier 1996, *Commune de Villeparisis*, Inédit.

129. TC, 23 janvier 1989, *Charrière, ès-qual. c/ État - D.*, 1989, jurisprudence. p. 367 et s., conclusions Flipo, note Amselek et Derrida.

130. À titre illustratif, cf. CA Basse Terre, 27 avril 1998, *Albenque, Ravise Bes*, Inédit.

131. TC, 15 novembre 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne*, Rec. 479, *AJDA*, 1999, p. 992 et s., note Fombeur et Guyomar.

132. TC, 14 février 2000, *Société anonyme d'Imphy c/ Commune d'Ingrandes-sur-Vienne*, Rec. 1, *RGCT*, 2000, p. 372 et s., note Devès. Pour le juge, « une telle action relève, conformément à la jurisprudence constante du Tribunal des conflits, de la juridiction de l'ordre judiciaire ».

133. Cass. com., 8 janvier 2002, *Albenque c/ Me Ravise-Bès, ès qual., op. cit.* ; Cass. com., 7 mars 2006, *Commune de Carla Bayle c/ FRTP de Midi-Pyrénées, Dr. Sociétés*, août 2006, comm. 122, note Legros.

134. Cass. com., 8 janvier 2002, *Albenque c/ Me Ravise-Bès, ès qual., op. cit.* ; Cass. com., 7 mars 2006, *Commune de Carla Bayle c/ FRTP de Midi-Pyrénées, op. cit.*

135. Sur les incertitudes relatives à la qualification des contrats d'aménagement, cf., notamment, - Les contrats publics d'aménagement - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 95 et s. ; FATÔME (É) - Il faut un réexamen d'ensemble du droit

révèle la spécificité de la vision de l'économie mixte locale que se fait la Cour de cassation, davantage que sa résistance aux apports de la jurisprudence *Comité d'expansion de la Dordogne*. Dans son rapport public annuel pour l'année 2002, la Cour précise qu'une « société d'économie mixte relève, sous réserve de certaines modalités particulières, du droit privé et n'est nullement investie d'une mission de service public administratif, critère retenu par le Tribunal des conflits, dans la décision du 15 novembre 1999, pour la compétence du juge administratif ». Une société d'économie mixte locale demeure avant tout une société commerciale : elle peut gérer un service public administratif, mais cela ne saurait être son objet principal¹³⁶. Cette position explique qu'en cas de liquidation judiciaire la Cour de cassation se déclare compétente. Mais elle demeure fragile, d'autant que la Cour de cassation a statué en se fondant sur le critère de la nature du service public à propos d'une association¹³⁷, puis d'une société d'économie mixte locale. Pour cette dernière, elle semble revenir sur sa jurisprudence traditionnelle, affirmant que le litige qui oppose « une personne morale de droit privé à l'un de ses associés dans le cadre du fonctionnement de cette société dont l'activité ne consistait pas en une mission d'intérêt général à caractère administratif » soulève des rapports de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire¹³⁸.

86. Le Tribunal des conflits, dans un souci de simplification des critères de répartition du contentieux, considère désormais que « si la recherche de la responsabilité civile de l'État ou d'autres personnes morales de droit public au titre de l'exercice d'une mission de service administratif relève de la compétence des tribunaux de l'ordre administratif, une telle action relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire lorsque la responsabilité de l'État ou de la personne morale de droit public est recherchée au titre d'une activité à caractère industriel ou commercial sans qu'il y ait lieu de distinguer si la collectivité publique concernée a agi en qualité de dirigeant de fait ou de droit »¹³⁹. Abandonnant le critère lié à la direction de droit ou de fait de l'entreprise, le Tribunal met en avant le seul critère de la nature de l'activité exercée par la société. Dès lors il faut envisager que, pour certaines sociétés, le juge administratif soit compétent alors même que les collectivités territoriales en étaient les dirigeants de droit. Cette évolution souligne une appréhension davantage fonctionnelle de l'économie

de l'aménagement - *AJDA*, 2005, p. 1372 et s. ; LLORENS (F), SOLER-COUTEAUX (P) - Nature et contenu des contrats d'aménagement - *Contrats Marchés publ.*, janv. 2001, chron. 1 ; LUCHAIRE (Y) - La diversité des contrats d'aménagement du territoire - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelles*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 49 et s. ; MARTIN (J) - Entre soumission et résistance au droit communautaire, la complexification des procédures de passation des concessions d'aménagement - *Dr. Adm.*, nov. 2009, étude 20.

136. En ce sens, cf. TROUILLY (P) - À quelle condition la création d'une société d'économie mixte locale est-elle légale ? - Conclusions sur CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière* - *BJCL*, 2004, p. 563 et s. Sur la possibilité pour les sociétés d'économie mixte locales de gérer des activités de nature administrative, cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

137. Selon la Cour de cassation, la cour d'appel a privé de base légale sa décision « en statuant ainsi, sans établir si la commune était dirigeante de droit ou de fait de l'Association ni rechercher si, en l'espèce, le service public géré par l'Association était administratif ou industriel et commercial » (Cass. com., 11 février 2003, *Association pour la Gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt* (AGPPBB), Bull. civ. I, n° 44).

138. Cass. 1^{re} civ., 8 février 2005, *Ville de Nice c/ Société immobilière de la ville de Nice*, Bull. civ. I, n° 77, *JCP ACT*, mars 2005, comm. 1148, note Renard-Payen.

139. TC, 20 novembre 2006, *Préfet du Gard c/ Tribunal de commerce d'Alès*, Rec. 1, *Rapport public annuel 2006*, Paris, Éditions du Journal officiel, 2006, II, n° 3570, conclusions Chauvaux.

mixte locale. Ce n'est plus la qualité d'administrateur ou de dirigeant de droit qui est déterminante dans la désignation de l'ordre juridictionnel compétent mais la nature des activités exercées par cette dernière. Dès lors qu'elles exercent une activité administrative, le juge administratif retrouve sa compétence, même si cette activité est exercée par une personne privée. La responsabilité civile liée à la direction des sociétés d'économie mixte locales repose donc, à titre principal, sur les collectivités territoriales car elles en sont les dirigeants de droit. À l'inverse, la responsabilité pénale est supportée par les élus locaux.

§ 2. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE SUPPORTÉE PAR LES ÉLUS LOCAUX

87. Le régime de la responsabilité pénale des collectivités territoriales du fait de leur participation aux organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales contraste fortement avec celui de la responsabilité civile. Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, « les administrateurs des sociétés d'économie mixte [...] sont soumis, quant à leur responsabilité éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes »¹⁴⁰. Les élus locaux ne sont plus protégés par la règle du transfert de responsabilité aux collectivités territoriales comme ils le sont en matière civile. Mais le régime général de la responsabilité pénale des dirigeants de sociétés commerciales s'accorde difficilement avec la spécificité du régime de représentation des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales. Leur responsabilité pénale sera d'autant plus souvent recherchée que celle des collectivités est délicate à mettre en œuvre. Elle peut également être engagée solidairement avec celle des collectivités territoriales. Ils ne pourront échapper à l'engagement de leur responsabilité personnelle que dans la mesure où la responsabilité de la société sera engagée. Alors que les élus locaux cumulent plusieurs régimes de responsabilité (II), la responsabilité pénale des collectivités territoriales demeure introuvable (I).

I. L'INTROUVABLE RESPONSABILITÉ PÉNALE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

88. L'idée de pouvoir engager la responsabilité pénale de personnes morales exerçant des fonctions d'administration ou de direction de sociétés commerciales est liée à la reconnaissance d'une responsabilité pénale limitée des collectivités territoriales depuis la réforme du code pénal de 1994 : « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants »¹⁴¹ Reconnaissant

140. Cass. crim., 16 février 1971, *Crolle, Guitton et Robert*, Bull. crim. n° 53, p. 133, *JCP G*, 1971, II, 16836, note Sousi.

141. Article 121-2 alinéa 1 du code pénal. Sur la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales, *cf.*, notamment, CARTIER (M-É) - La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? - *JCP E*, 1994, CDE, n° 5, p. 29 et s. Sur la responsabilité pénale des collectivités territoriales, *cf.*, notamment, GUETTIER (C) - La responsabilité pénale des collectivités territoriales en question(s) - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 201 et s. ; JORDA (J) - La responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière de la jurisprudence - *Gaz. Pal.*, 2001, doct., p. 182 et s. ; LÉVY (A) - L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur

le principe de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public, le code organise cependant un régime de responsabilité aménagé pour collectivités territoriales. À la différence de l'État dont la responsabilité pénale ne peut jamais être engagée du fait de sa participation aux organes de direction de sociétés commerciales, la question de la responsabilité pénale des collectivités territoriales ou de leurs groupements n'est pas clairement tranchée.

89. La responsabilité pénale des collectivités territoriales ne peut être engagée qu'en cas « d'infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public »¹⁴². L'applicabilité du code pénal aux collectivités territoriales exerçant des fonctions de direction des sociétés d'économie mixte locales n'est pas aisée en l'absence de jurisprudence et dépend de l'interprétation donnée de la notion d'activité susceptible d'être déléguée. La reconnaissance de la responsabilité pénale n'est pas fondée sur le caractère administratif ou industriel et commercial de l'activité, mais sur ses modalités de gestion : le code pénal protège les collectivités territoriales ou leurs groupements lorsqu'elles exercent des activités régaliennes¹⁴³. Ainsi, l'exercice de missions de police administrative¹⁴⁴, l'organisation du transport scolaire à laquelle est rattaché l'aménagement de la voirie départementale¹⁴⁵, ou l'exécution du service public communal d'animation de classes de découvertes pendant le temps scolaire¹⁴⁶ ne constituent pas des activités de nature à engager la responsabilité pénale d'une personne publique. Par contre, la responsabilité de la personne publique peut notamment être engagée en matière de gestion d'un abattoir par un syndicat intercommunal¹⁴⁷, d'un théâtre municipal¹⁴⁸ ou encore du réseau d'éclairage de la voie publique communale¹⁴⁹. D'une façon générale, relève du champ du code pénal « toute activité ayant pour objet la gestion d'un service public lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle,

du code pénal de 1994 - *Dr. Adm.*, Première partie, juin 2004, étude 12, Seconde partie, juillet 2004, étude 14 ; MEYER (F) - Réflexions sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière des premières applications jurisprudentielles - *RFDA*, 1999, p. 920 et s. ; PICARD (É) - La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application - *Rev. sociétés*, 1993, p. 261 et s. ; RAIMBAULT (P) - La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes publiques - *AJDA*, 2004, p. 2427 et s.

142. Article 121-2 alinéa 2 du code pénal.

143. Pour une présentation détaillée de la notion d'activité susceptible d'être déléguée, cf. BRAUD-JAMIN (V) - *Les élus locaux et fonctionnaires territoriaux devant la justice pénale* - Grenoble, PUG, 2001, n° 61-68 ; MARTIN (P), CAILLE (P-O) - *op. cit.* - n° 30-51 ; Manquement au devoir de probité. Concussion - *Lamy collectivités territoriales, responsabilités. Personnes publiques. Élus locaux. Agents territoriaux* - Paris, Éditions Lamy, 2007, n° 1750-1761).

144. CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec. 595, CE Ass., 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton*, Rec. 175., *RD*, 1994, p. 1852 et s., note Auby

145. Cass. crim., 6 avril 2004, *Département de l'Orne*, *AJDA*, 2005, p. 446 et s., note Le Goff.

146. Cass. crim., 12 décembre 2000, *Véronique R. et autres*, Bull. crim., n° 371, *Gaz. Pal.*, 2000, p. 2456 et s., note Petit.

147. Cass. crim., 23 mai 2000, *Syndicat intercommunal des abattoirs de Cerdagne-Capcir*, Bull. crim. 2000, n° 200.

148. Cass. crim., 3 avril 2002, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, Bull. crim. 2002, n° 77, *Dr. pén.* 2002, comm. 95, note Véron.

149. Cass. crim., 9 décembre 2008, *Commune de Fort-de-France*, *Inédit*, *Dr. Adm.*, juillet 2009, comm. 108, note Brameret.

en fonction des résultats de l'exploitation »¹⁵⁰. En dehors de ces activités, les collectivités territoriales sont donc protégées par un principe d'irresponsabilité.

90. L'actionnariat des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales et l'exercice des fonctions de direction ne correspondent pas à ce que la jurisprudence qualifie traditionnellement d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public au sens de l'article 121-2 du code pénal. Les fonctions d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales ont le caractère d'une activité « purement privée »¹⁵¹. Il ne s'agit pas, en effet, d'une activité propre à une personne publique qu'elle pourrait décider de confier à un tiers. Au contraire, en devenant membre des organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales, les collectivités territoriales ont un comportement proche de celui de personnes privées. Leur participation dans les organes délibérants d'une société d'économie mixte locale est une conséquence de l'actionnariat public et ne peut pas être assimilée à une activité susceptible d'être déléguée.

91. D'interprétation stricte¹⁵², l'article 121-2 du code pénal exclut finalement la responsabilité pénale des collectivités territoriales du fait de l'administration ou de la direction des sociétés d'économie mixte locales. Pourtant le législateur a toujours affirmé sa volonté de rapprocher le statut des actionnaires publics de celui d'actionnaires de droit commun. Outre le fait que l'actionnariat n'entraîne pas automatiquement l'acquisition de fonctions dans les organes délibérants d'une société commerciale de droit commun, la réglementation maintient un régime de protection très favorable en faveur des actionnaires publics dirigeants de sociétés d'économie mixte locales. Or, la responsabilité pénale des personnes morales au titre de leur participation dans les organes délibérants de sociétés commerciales est communément admise en droit des sociétés¹⁵³. L'irresponsabilité pénale des collectivités territoriales est d'autant plus étonnante qu'elle contraste avec la jurisprudence judiciaire selon laquelle « les administrateurs des sociétés d'économie mixte [...] sont soumis, quant à leur responsabilité éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes »¹⁵⁴. Rien ne justifie en effet que, lorsque des collectivités territoriales participent au fonctionnement de sociétés commerciales elles soient protégées contre la mise en œuvre de leur responsabilité pénale. Cette absence de spécificité plaide en faveur de l'abandon du critère de l'activité suscep-

150. Cass. crim., 3 avril 2002, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, *op. cit.*

151. GUETTIER (C) - *op. cit.* - p. 207 : l'auteur relève ainsi qu'au sens de l'article 121-2 du code pénal, la responsabilité pénale des collectivités territoriales ne peut être engagée du fait d'une infraction commise lors de la gestion de son domaine privé, car il s'agit d'une activité purement privée. Au regard du droit privé « ce serait un comble » car les collectivités territoriales gérant un bien dans des conditions proches du droit privé ne pourraient voir leur responsabilité pénale engagée comme pour des personnes privées.

152. Sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, cf. CONTE (P), MAISTRE DU CHAMBON (P) - *Droit pénal général* - Paris, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 123-130.

153. Selon les articles L. 225-20 du code de commerce (sociétés à conseil d'administration) et L. 225-76 (sociétés à conseil de surveillance), « le représentant permanent [...] est soumis aux mêmes conditions et obligations et [...] encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était membre du conseil en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ». L'article 121-2 du code pénal ajoute que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ». Sur cette question, cf. VIDAL (D) - *Droit des sociétés* - Paris, LGDJ, 2008, n° 445-450.

154. Cass. crim., 16 février 1971, *Crolle, Guillon et Robert*, *op. cit.*



tible de délégation comme fondement de la responsabilité pénale des collectivités territoriales¹⁵⁵. Aucun obstacle, lié à la préservation de prérogatives de puissance publique ou à la nature de l'activité, ne justifie que soit ainsi écartée la responsabilité pénale des collectivités.

II. LE CUMUL DE RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ÉLUS LOCAUX

92. La représentation des collectivités territoriales est risquée pour les élus locaux, parce qu'elle entraîne une multiplication des sources de responsabilité pénale. A la responsabilité liée à la représentation des collectivités territoriales dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales (A) s'ajoute celle fondée sur leur statut d'élus locaux (B).

A. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE LIÉE À LA REPRÉSENTATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LES ORGANES DÉLIBÉRANTS

93. Lorsque les élus locaux représentent des collectivités territoriales actionnaires, ils ne bénéficient d'aucune protection en cas d'infraction pénale. La formulation de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales est explicite, précisant que seule la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants est transférée à la collectivité territoriale ou au groupement dont ils sont les mandataires. *A contrario*, leur responsabilité pénale peut être engagée dès lors qu'ils ont personnellement commis des infractions ou participé à la commission de celles-ci. La responsabilité pénale des élus locaux peut être engagée sur plusieurs fondements. Mandataires des collectivités territoriales actionnaires, ils exercent des fonctions d'administration ou de surveillance au sein de la société et sont responsables au même titre que les dirigeants d'entreprises publiques nationales¹⁵⁶. Celle-ci peut, notamment¹⁵⁷, être recherchée pour homicide involontaire¹⁵⁸, escroquerie¹⁵⁹, abus de

155. La question de la restriction du champ de la responsabilité pénale des collectivités territoriales est récurrente en doctrine. C. Guettier s'interroge par exemple sur la pertinence du maintien de la référence aux activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public dans la mesure où son interprétation entraîne « un risque qu'apparaissent des divergences de jurisprudence entre les différentes juridictions pénales saisies, comme cela a été déjà le cas dans la dramatique affaire du Drac [dans laquelle les juges du fond avaient considéré que les activités de classes de nature étaient des activités de service public susceptibles de délégation alors que la Cour de cassation avait rejeté cette interprétation, affirmant l'irresponsabilité pénale des collectivités territoriales] » (*op. cit.* - p. 209). Appelant également à une admission généralisée de la responsabilité pénale des collectivités territoriales, cf. BRAUD-JAMIN (V) - *op. cit.* - n° 70-71.

156. Sur la responsabilité pénale des représentants permanents de l'État dans les entreprises publiques, cf. CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.*, n° 146 ; DELION (A) - *Le droit des entreprises et participations publiques* - Paris, LGDJ, 2003, p. 181-182.

157. Pour une présentation détaillée des infractions pénales applicables aux dirigeants sociaux, cf., notamment, GUÉNAIRE (M), VITAL-DURAND (E) - Principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixte locales : orientations des politiques pénales - *JCP ACT*, juil. 2003, étude 1668.

158. Articles 221-6 et 221-7 du code pénal. Cf. Cass. crim., 9 novembre 1999, *M. Reverbel, M. Roderon et Société d'aménagement touristique de l'Alpe d'Huez (SATA)*, Bull. crim. 786.

159. Article 313-1 du code pénal. Cf. Cass. crim., 17 novembre 2004, *M. Louis X, Pierre Y et Éliane Z.*, Inédit.

confiance¹⁶⁰, trafic d'influence et recel de trafic d'influence¹⁶¹, banqueroute¹⁶², abus de biens sociaux et de crédits¹⁶³.

94. Le seul aménagement au régime de droit commun résulte de l'existence d'une protection spéciale fondée sur la qualité d' élu local. Le code général des collectivités territoriales impose aux collectivités territoriales de protéger les élus faisant l'objet de poursuites pénales, dès lors qu'ils n'ont pas commis de faute détachable de l'exercice de leurs fonctions¹⁶⁴. Leur responsabilité éventuelle n'est pas atténuée mais ils ont droit à un soutien d'ordre principalement financier¹⁶⁵. Pour qu'ils bénéficient de ce régime de protection, le juge administratif s'assure d'une part qu'ils n'exercent pas leurs fonctions dans les organes délibérants en leur nom propre. Dès lors qu'ils représentent les collectivités dans les organes d'administration des sociétés, les mécanismes de la protection s'appliquent sans difficulté, car ils ne font que relayer la volonté des collectivités territoriales, seules détentrices des pouvoirs d'administration. Elle ne peut leur être refusée que s'il est prouvé qu'ils administrent en leur nom propre, qu'ils soient ou non actionnaires à titre personnel. L'application du régime de protection est plus délicate lorsque l' élu exerce des fonctions de direction. Le code de commerce interdit que les sociétés anonymes soient dirigées par des personnes morales¹⁶⁶. Les élus locaux ne devraient alors exercer ces fonctions qu'à titre personnel. Par exception, le code général des collectivités territoriales permet aux collectivités territoriales de détenir ces pouvoirs de direction. Il ne s'agit pas d'une obligation, mais d'une simple faculté¹⁶⁷. Le juge doit donc rechercher si l' élu a exercé ces fonctions en son nom ou comme représentant des collectivités.

95. Le juge administratif vérifie d'autre part que l' élu a bien agi en tant que représentant permanent des collectivités territoriales et non comme mandataire

160. Article 314-1 du code pénal. Cf. Cass. crim., 22 février 2006, *Jacques José X*, Inédit. Selon la Cour, *M. X*, « en faisant supporter par la Semanor le rachat des actifs de Biotechnica en déconfiture dans le but d'échapper aux actions qui auraient pu être intentées contre lui en sa qualité d'administrateur, en faisant supporter par la Semanor, société d'économie mixte de la commune dont il est maire était le principal actionnaire, des charges indues favorisant ses proches, il a trahi la confiance de ses concitoyens ».

161. Articles 321-1 et 433-2 du code pénal. Cf. Cass. crim., 28 mai 2003, *Jacques X. et François Y.*, Inédit.

162. Article L. 654-8 du code de commerce. Cf. Cass. crim., 2 juin 1999, *D. Lourec*, Bull. crim., n° 118, p. 3125, *Rev. sociétés*, 1999, p. 653 et s., note Bouloc ; Cass. crim., 26 janvier 2005, *Michel X et Serge Y.*, Inédit.

163. Article L. 242-6 3° du code de commerce. Cf. Cass. crim., 16 février 1971, *Crolle, Guitton et Robert*, *op. cit.* ; Cass. crim., 16 décembre 1975, *Levray Jean et Robert Ellen*, *Rev. sociétés*, 1976, p. 352 et s., note Guilbertain ; Cass. crim., 14 novembre 2007, *André X. et Alain Y.*, Inédit.

164. Article L. 2123-34 du code général des collectivités territoriales pour les élus communaux, L. 3123-28 pour les élus départementaux et L. 4135-28 du code pour les élus régionaux.

165. Le dispositif de protection des élus locaux est strictement identique à celui existant au profit des fonctionnaires et des agents publics, en vertu de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 (POCHARD (M) - Responsabilité des élus - *J. Cl. Adm.*, fasc. 812, n° 234. Sur la protection des fonctionnaires, cf. AUBY (J-M), AUBY (J-B), JEAN-PIERRE (D), TAILLEFAIT (A) - *Droit de la fonction publique* - Paris, Dalloz, 6^e éd., 2009, n° 644-651. Le juge administratif rappelle cependant que les élus locaux n'ont pas la qualité de fonctionnaire ou agent public non titulaire leur permettant de bénéficier de la protection des collectivités territoriales au titre de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 (CAA Lyon, 25 novembre 2008, *Pierre X.*, Req. 06LY01776).

166. Articles L. 225-47 du code de commerce (présidence du conseil d'administration) et L. 225-51-1 du code (direction générale de la société) pour les sociétés monistes ; article L. 225-59 du code (participation au directoire) pour les sociétés dualistes.

167. Cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

de la société. Par exemple, dès lors que « M. X. n'a pas été poursuivi à raison d'actes accomplis pour le compte de la Commune de Grenoble, mais à raison d'actes accomplis pour le compte des sociétés d'économie mixte Gaz et électricité de Grenoble et Générale de production hydroélectrique, en qualité de président de leurs conseils d'administration et dans l'exercice de fonctions confiées par lesdits conseils d'administration », il ne pouvait prétendre à une quelconque protection par la collectivité¹⁶⁸.

96. La responsabilité pénale des élus locaux peut être largement engagée, du fait de la représentation des collectivités territoriales aussi bien qu'en raison de l'exercice de fonctions de direction dans les sociétés d'économie mixte locales à titre personnel. En complément de ce régime, les élus peuvent également voir leur responsabilité pénale recherchée sur le fondement de leur statut d'élu.

B. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE FONDÉE SUR LE STATUT D'ÉLU LOCAL

97. La responsabilité pénale des élus locaux peut être recherchée sur le fondement d'infractions spécifiques, pour des manquements au devoir de probité dans l'exercice de leur mandat électif. Ces derniers ont l'obligation d'exercer leurs fonctions de façon neutre, dans l'intérêt général. Le manquement à cette obligation de probité est constitutif des délits de corruption passive et trafic d'influence¹⁶⁹, de prise illégale d'intérêts¹⁷⁰, de soustraction et de détournement de biens¹⁷¹, de favoritisme ou d'atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public¹⁷² et est sévèrement sanctionné par le code pénal¹⁷³. Pour protéger les élus de la commission de ce dernier délit, le code général des collectivités territoriales leur interdit de participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un mar-

168. CAA Lyon, 25 novembre 2008, *Pierre X.*, *op. cit.*

169. Article 432-11 du code pénal. À titre illustratif, *cf.* Cass. crim., 5 novembre 2003, *Michel X, Claude Y, Gérard Y, Marc A, Charles B*, Inédit. Selon la Cour, « Claude Y., maire de Massy, et président de la Société d'économie mixte de Massy, avait une conception particulière de son rôle qu'il décrit lui-même dans son livre, notamment en pages 56 et 57 et avait une position privilégiée et une influence considérable face aux investisseurs et promoteurs ; il a, avec Michel C., organisé le système ci-dessus décrit, rendant l'intervention de la société Sages ou d'autres du groupe C. "passage obligé" sur le secteur de Massy ; son association avec Michel C. était telle que son adjoint à l'urbanisme, Hubert D., a déclaré au magistrat instructeur : "fin 1987, les projets sont entrés dans une phase opérationnelle" ».

170. Articles 432-12 et 432-13 du code pénal. À titre illustratif, *cf.* CRC Bretagne, ROD 22 juin 2009, *Commune de Guingamp*, n° 8.3.7 (application de l'article 342-12 du code).

171. Article 432-15 du code pénal. À titre illustratif, *cf.* Cass. crim., 17 novembre 2004, *M. Louis X Pierre Y et Éliane Z*, *op. cit.*

172. Article 432-14 du code pénal. À titre illustratif, *cf.* Cass. crim., 25 juin 2008, *MM. Paul M. et Jean G.*, BJCL, 2008, p. 723 et s., note Janicot ; CRC Lorraine, ROD 11 février 2008, *Société d'équipement du bassin lorrain (SEBL)*, n° 5.5.2. ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 8 février 2010, *Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (SEMETA)* ; Cour des comptes - Les sociétés d'économie mixte de la commune du Barcarès (Pyrénées-Orientales) - *Rapport public annuel 2010* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2010, p. 429.

173. Pour une analyse détaillée des manquements au devoir de probité, *cf.* BRAUD-JAMIN (V) - *op. cit.* - n° 158-270 ; LAVAL (N) - *Le juge pénal et l'élu local* - Paris, LGDJ, 2002 ; p. 85-111 ; MAYMAT (J-C) - *L'élu et le risque pénal* - Paris, Berger-Levrault, 1998, p. 205-261 ; MAYAUD (Y) - *op. cit.* - études 237, 239, 241, 243, 345.

ché public ou d'une délégation de service public¹⁷⁴. Outre la rupture de l'égalité entre les concurrents à l'obtention du contrat, une telle participation pourrait entraîner des poursuites pénales sur le fondement du délit de favoritisme¹⁷⁵ ou de la prise illégale d'intérêts¹⁷⁶.

98. Parmi les manquements aux devoirs de probité des représentants permanents, la prise illégale d'intérêts revêt une place particulière. Anciennement dénommée délit d'ingérence¹⁷⁷, elle consiste, pour un décideur public, à prendre ou à recevoir un intérêt quelconque dans des affaires incompatibles avec sa qualité¹⁷⁸ ou, pour un ancien décideur public, à prendre, moins de cinq ans après la cessation de ses fonctions, une participation dans les entreprises qu'il administrait ou contrôlait¹⁷⁹. La Cour de cassation a reconnu que le caractère intentionnel de l'infraction pouvait résider dans le fait, pour un maire présidant une société d'économie mixte locale, de conclure des opérations immobilières à l'avantage d'une société tierce, dont il était dirigeant de fait¹⁸⁰. Ainsi, l'infraction de complicité de prise illégale d'intérêts n'est pas constituée par la simple participation à un processus de prise illégale d'intérêts, dès lors que l'élément intentionnel n'est pas caractérisé¹⁸¹.

99. La question a été posée au juge de savoir si les élus locaux dirigeants peuvent être déclarés intéressés à l'affaire du simple fait de leur participation à une délibération locale intéressant les rapports de l'actionnaire public avec la société dont il est l'actionnaire majoritaire, qui plus est lorsque la société noue des relations contractuelles avec la collectivité territoriale actionnaire. La jurisprudence n'étant pas clairement fixée¹⁸², le législateur a précisé les conditions d'incrimination.

174. Article L. 1524-5 alinéa 11 du code général des collectivités territoriales. Cette limitation est la conséquence du nécessaire respect des obligations de mise en concurrence lors de l'attribution des contrats administratifs. Si elle est logique au regard du droit positif, elle reste critiquable, notamment au regard de la conception utilitariste de l'économie mixte locale, selon laquelle les sociétés d'économie mixte locales sont créées par les collectivités territoriales pour effectuer certaines missions, confiées par la voie contractuelle.

175. Également dénommé délit d'avantage injustifié. Cf. PREBISSY-SCHNALL (C) - *La pénalisation du droit des marchés publics* - Paris, LGDJ, 2002, p. 33-129 et 212-213.

176. Dans sa réponse à une question écrite d'un parlementaire, la ministre de la Justice a rappelé qu'en cas de violation des dispositions de l'article L. 1524-5 alinéa 11 du code général des collectivités territoriales, « il ne semblerait pas que l'exercice de fonctions [dans la société], en raison de mandats confiés uniquement par une collectivité publique, puisse faire obstacle à la caractérisation du délit de prise illégale d'intérêts » (Rép. min. à QE, n° 01569, *JO Sénat*, 23 avril 2009, p. 1017. Dans le même sens, cf. ROMAN-SÉQUENSE (B) - Quel est le régime juridique des élus locaux administrateurs d'une société d'économie mixte locale ? - *Contrats Marchés publ.*, juin 2008, comm. 151 ; ROMAN-SÉQUENSE (B) - Prise illégale d'intérêts - Note sous Rép. min. à QE, n° 2910, *JOAN Q*, 13 janvier 2009, p. 330, *Contrats Marchés publ.*, mars 2009, comm 105). Cf., PREBISSY-SCHNALL (C) - *op. cit.* - p. 142-156.

177. Article 175 de l'ancien code pénal. Sur la réforme, cf. LÉVY (A) - Le délit d'ingérence et la responsabilité pénale des maires et élus municipaux - *LPA*, 1995, n° 10, p. 10 et s.

178. Article 432-12 du code pénal.

179. Article 432-13 du code pénal.

180. Cass. crim., 16 décembre 1975, *Levray Jean et Robert Ellen*, *op. cit.*

181. CA Versailles, 22 décembre 2006, *François X et Joël Y*, Inédit : pour la Cour, « le fait que le [système mis en place par M. D.] ait perduré après l'accession aux responsabilités municipales de M. XX. et de M. Y. et le retard pris à y mettre fin ne suffit pas à établir que les prévenus ont consciemment et délibérément apporté aide et assistance à M. D. dans la commission du délit de prise illégale d'intérêts dont il a été déclaré coupable par les premiers juges ».

182. Dans un premier temps, la Cour de cassation a affirmé que le « code des collectivités territoriales autorise expressément les collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales actionnaires à désigner un élu local en qualité de représentant au sein du conseil d'administration

mination de la prise illégale d'intérêts. La loi du 2 janvier 2002, modernisant le statut des sociétés d'économie mixte locales, précise le rôle des représentants permanents afin de limiter l'application du délit de prise illégale d'intérêts dans les relations institutionnelles¹⁸³. L'article L. 1524-5 alinéa 9 du code général des collectivités territoriales prévoit que les élus locaux représentants les actionnaires publics « ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire au sens de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale »¹⁸⁴. Le juge administratif était peu enclin, avant la réforme de 2002, à reconnaître dans les relations des dirigeants mandataires avec les collectivités territoriales des situations d'intéressement¹⁸⁵. Néanmoins, « derrière cette nullité se profile[ait] l'éventuelle responsabilité pénale tirée de la prise illégale d'intérêts, pour peu que les faits matériellement constatés soient assortis d'un élément intentionnel »¹⁸⁶. Par cette réforme le législateur limite les risques d'engagement de la responsabilité pénale. La seule participation des élus au fonctionnement de la société ne pouvant les intéresser à l'affaire, la constitution du délit de prise illégale d'intérêts s'en trouve limitée mais n'est pas exclue¹⁸⁷. Par exemple, la participation d'élus locaux mandataires aux délibérations des actionnaires publics tendant à accorder des subventions à la société dont ils sont membres, ainsi que la

d'une société d'économie mixte locale » et que, en conséquence, « il n'interdit pas à cet élu local de faire prendre par la collectivité territoriale une décision favorable à la société d'économie mixte locale » (Cass. crim., 2 juin 1999, *D. Lourec, op. cit.*). Le principe de la reconnaissance d'une prise illégale d'intérêts du simple fait de la participation à une délibération concernant la société semblait rejeté, mais, quelques jours plus tard, la Cour a affirmé qu'au contraire, « pour déclarer Guy X. coupable d'ingérence et de prise illégale d'intérêts, la cour d'appel retient [à bon droit] que celui-ci, alors adjoint au maire de Grenoble, a participé le 26 juin 1992, à une délibération du conseil municipal de la ville l'autorisant à percevoir une rémunération de la part de la Société d'économie mixte Grenoble-Isère-Développement dont il était directeur général ». La simple participation était ici retenue, entraînant le risque pour les élus de tomber, sans le savoir, sous le coup de l'incrimination » (Cass. crim., 8 juin 1999, *Guy N.*, Inédit).

183. Pour le rapporteur de la proposition de loi, l'évolution législative était indispensable, « tant le doute était justement permis sur le fait de savoir si un mandataire de la SEM n'a pas un intérêt distinct de l'intérêt général de la commune, il paraît souhaitable d'encadrer davantage le dispositif » (DARNE (J) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3137, p. 45).

184. L'article L. 2131-11 du code rend « illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ». Sur la notion d'intéressement fautif, cf. MAILLOT (J-M) - La notion d'élu « intéressé » dans le droit des collectivités locales - *JCP G*, 2000, I, étude 242.

185. Pour le Conseil d'État, la présence d'un conseiller reconnu comme intéressé à l'affaire ne suffit pas, en l'absence de preuve que son comportement a influé sur le vote, à vicier la délibération (CE, 26 février 1982, *Association Renaissance d'Uzès*, Rec. Tables, 549). De même, le Conseil a reconnu « que la circonstance que le maire de Cholet était en même temps président de la Société d'économie mixte d'aménagement de la ville de Cholet, à la suite du mandat qu'il avait reçu du conseil municipal pour représenter la commune au conseil d'administration de cette société n'avait pas pour effet de faire regarder le maire comme membre intéressé du conseil municipal [...] à l'affaire faisant l'objet de la délibération qui autorisait le maire à lui concéder l'opération d'aménagement de la zone des Turbaudières » (CE, 22 mars 1978, *Groupement foncier agricole des Cinq-Ponts*, Rec. Tables, 722).

186. SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 933.

187. Rép. min. à QE, n° 01569, *JO Sénat*, 23 avril 2009, p. 1017 : à la question de « savoir s'il peut y avoir un risque de qualification de prise illégale d'intérêts même en l'absence d'intérêt personnel au profit du conseil municipal en cause » du simple fait de la participation d'un élu mandataire à la procédure de vote concernant une délégation de service public, le ministère de la Justice répond que

participation des élus à l'assemblée délibérant sur le rapport d'activité remis par la société sur le fondement de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales, entraînent une « confusion de fonctions », répréhensible au titre de l'article 432-12 du code pénal ainsi que de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales¹⁸⁸.

100. La situation des représentants permanents dans les sociétés d'économie mixte locales se distingue ainsi nettement de celle des élus mandataires des collectivités dans les associations para-administratives. Le critère intentionnel est aisément satisfait car, « en participant aux votes ou aux délibérations concernant les subventions allouées par la commune à leurs différentes associations, chacun participait ou pouvait participer nécessairement à une rupture de neutralité à l'égard du secteur associatif relevant de la commune et se rendait coupable d'une prise illégale d'intérêts »¹⁸⁹. Du fait de leur position privilégiée au sein de l'association autant que de la collectivité, la matérialité de l'infraction est presque automatiquement constatée¹⁹⁰.

101. Malgré la réforme de 2002, les risques d'engagement de la responsabilité pénale des élus locaux demeurent théoriquement importants¹⁹¹. Ils ne peuvent se dégager de leur responsabilité qu'en invoquant celle de la société qui peut être mise en œuvre, éventuellement solidairement, avec la leur. La distinction entre les situations dans lesquelles les élus engagent la société et celles dans lesquelles ils obéissent aux actionnaires publics n'est pas évidente, mais elle permet d'éviter que leur responsabilité personnelle soit systématiquement recherchée. En pratique, cependant, la Cour des comptes souligne l'impunité de certains élus car il est « improbable que les dirigeants de la SEM, qui sont des élus, entament des procédures afin de mettre en cause l'action de leurs prédécesseurs ». D'ailleurs, elle relève que dans le cas de la Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées Orientales (SEMETA), « le temps écoulé et le temps tout court joue en faveur de leurs bénéficiaires et nombre d'infractions sont déjà prescrites, ou le deviendront avec quelques artifices de procédure adaptés »¹⁹². Cette observation ne peut être généralisée car elle a été réalisée à

« sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond, il ne semblerait pas que l'exercice de fonctions, en raison de mandats confiés uniquement par une collectivité publique, puisse faire obstacle à la caractérisation du délit de prise illégale d'intérêts ».

188. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 21 février 2011, *Société d'économie mixte Gravelines Gestion Équipement*, p. 12-13.

189. Cass. crim., 22 octobre 2008, *Janine X, Yves Y, Jean-Luc Z, Christian A*, Bull. crim., n° 212.

190. Pour le juge, « en sa qualité d'élu, chacun des prévenus savait nécessairement qu'en participant à une délibération ou à un vote concernant son association, il pouvait favoriser cette dernière au détriment des autres associations » (*Idem*).

191. Ce déséquilibre pousse régulièrement les élus à tenter de faire modifier le code pénal. Ainsi, B. Saugé a déposé une proposition de loi au Sénat « visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux ». Pour cela, le texte propose de modifier l'article 432-12 du code pénal en remplaçant « un intérêt quelconque » par « un intérêt personnel distinct de l'intérêt général », rendant la constatation de l'infraction plus difficile (*in* - *Proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n° 268, 4 p.). Cette proposition est une réponse à la décision du 22 octobre 2008 de la Cour de cassation concernant les associations para-administratives, mais dont la portée s'étend également aux sociétés d'économie mixte locales (Cass. crim. 22 octobre 2008, *Janine X, Yves Y, Jean-Luc Z, Christian A*, *op. cit.*).

192. Cour des comptes - Les sociétés d'économie mixte de la commune du Barcarès (Pyrénées-Orientales) - *op. cit.*, p. 429. Pour le détail des infractions relevées par le juge financier, cf. CRC Languedoc-Roussillon, ROD 8 février 2010, *Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (SEMETA)*.

partir du cas concret de la SEMETA. Le juge financier souligne néanmoins une difficulté pratique de mise en œuvre de la responsabilité pénale des élus par une sorte de conspiration du silence.

102. En marge de ces conditions d'engagement de responsabilité sur des fondements de droit commun, l'exercice des pouvoirs de direction des sociétés d'économie mixte locales peut conduire à la mise en œuvre de la responsabilité financière des élus locaux.

§ 3. LA RESPONSABILITÉ FINANCIÈRE INDÉPASSABLE DES ÉLUS LOCAUX

103. La Cour de discipline budgétaire et financière a été instituée pour connaître de la responsabilité financière des ordonnateurs de l'État ou des collectivités territoriales¹⁹³. Elle n'a pas vocation à connaître du contentieux touchant aux élus locaux, ceux-ci étant protégés par un principe général d'irresponsabilité financière pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions ou lorsqu'ils ont agi « dans des fonctions qui, en raison de dispositions législatives ou réglementaires, sont l'accessoire obligé de leur fonction principale »¹⁹⁴. Cette irresponsabilité financière est traditionnellement fondée sur des motifs d'ordre politique, les élus ne devant être responsables de la gestion des fonds publics que devant les électeurs, sauf dans les cas où des infractions pénales sont commises¹⁹⁵. Seuls sont justiciables de la Cour les représentants, administrateurs ou agents de l'État, des collectivités territoriales ou des autres organismes qui sont soumis soit au contrôle de la Cour des comptes, soit au contrôle d'une chambre régionale et territoriale des comptes¹⁹⁶. De la conciliation entre ces deux règles résulte le régime de responsabilité financière des élus mandataires : soit la représentation des collectivités territoriales actionnaires dans les organes délibérants des sociétés est considérée comme un accessoire obligé aux fonctions électives et leur responsabilité financière ne peut être engagée ; soit cette activité n'est pas un accessoire obligé et les élus redeviennent justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière.

104. La Cour de discipline budgétaire et financière a adopté une analyse très restrictive de la notion d'accessoire obligé aux fonctions principales des élus locaux. En particulier, elle refuse d'assimiler la direction des sociétés d'économie mixte locales à un accessoire obligé du mandat électif¹⁹⁷. Lorsque des élus président le conseil d'administration d'une société d'économie mixte locale, sont

193. DESCHEEMAEKER (C) - La responsabilité personnelle des ordonnateurs des collectivités locales - *RFFP*, 1993, p. 49 et s.

194. Article L. 312-1 du code des juridictions financières.

195. Pour un aperçu des débats relatifs à la justification de l'irresponsabilité financière, cf. SAIDJ (L) - La responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière - *Lamy collectivités territoriales, responsabilités. Personnes publiques. Élus locaux. Agents territoriaux* - Paris, Éditions Lamy, 2007, étude 275, n° 10.

196. Article L. 312-1 du code des juridictions financières.

197. Cf. CDBF, 19 juillet 1974, *Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La Villette (SEMVI)*, *De Grailly*, Rec. 803, GAJF, n° 51, confirmé par CE, 9 décembre 1977, *De Grailly*, Rec. 403, *AJDA*, 1978, p. 446 et s., note Dutheil de Lamotte et Robineau ; CDBF, 16 juin 1987, *Lebas*, *SEMVIJA*, JORF, 23 février 1988, p. 2528., Rec. 512, CDBF,

directeur général de celle-ci ou exercent concurremment ces deux fonctions, leur responsabilité financière peut être recherchée devant la Cour de discipline budgétaire et financière. La désignation des élus locaux aux postes de direction des sociétés d'économie mixte locales n'est prescrite par aucune disposition législative ou réglementaire. En conséquence, la cour considère qu'ils ne peuvent bénéficier du principe de l'irresponsabilité financière attachée à leur mandat électif car ils ont été choisis en leur qualité de représentant des collectivités territoriales actionnaires et non d'élu local¹⁹⁸. La Cour de cassation a confirmé ce raisonnement dans une autre affaire concernant la même société. Selon elle, « le représentant d'une commune au sein du conseil d'administration d'une société d'économie mixte, constituée sous la forme d'une société anonyme, conserve cette qualité dans les fonctions de président de ce conseil »¹⁹⁹. Les élus locaux ne font que représenter les collectivités territoriales, seules détentrices des pouvoirs d'administration et éventuellement de direction de la société²⁰⁰. La Cour de discipline budgétaire et financière semble même peu encline à reconnaître l'irresponsabilité financière des élus n'exerçant que des fonctions de représentation au sein des organes d'administration, en dehors de tout mandat de direction²⁰¹. Pourtant, l'exercice de ce mandat a un fondement législatif, l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales prescrivant la nomination d'élus locaux choisis par les collectivités territoriales en leur sein pour les représenter dans les organes délibérants. Les mandats sociaux sont l'accessoire obligé du mandat électoral, les élus étant seuls habilités à représenter les collectivités actionnaires.

105. La position des élus mandataires est paradoxale car le code général des collectivités territoriales a expressément écarté leur responsabilité civile lorsqu'ils représentent les collectivités territoriales. Ce transfert illustre la prise en compte de la spécificité des relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, les élus n'agissant que comme mandataires et non comme actionnaires. Pour autant, cette activité entraîne l'engagement de leur responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière pour des motifs liés à la gestion de la société, indépendamment de la recherche d'une

23 février 1994, *M. X., M. Y et SEM A.*, JORF, 1^{er} novembre 1994, p. 15583, Rec. 719, *RD*, 1996, p. 241 et s., note Durand ; CDBF, 13 juin 2003, *Société d'économie mixte Sarcelles chaleur*, *Rev. Trésor*, 2004, p. 57 et s., note Lascombe et Vandendriessche.

198. CDBF, 16 juin 1987, *Lebas, SEMVIJA*. La Cour est parfois explicite, affirmant « que si la qualité de conseiller de Paris de l'intéressé a représenté un élément d'opportunité dans la décision du conseil d'administration de la SEMVI et si la Ville de Paris avait demandé que la direction générale fût confiée à l'un des administrateurs de la société ayant une semblable qualité, et non pas d'ailleurs au seul M. A, ladite qualité ne constituait, en vertu de quelque disposition législative ou réglementaire que ce fût, ni une condition nécessaire à l'attribution du mandat dont il s'agit, ni une fonction dont ce mandat eût été l'accessoire obligé » (CDBF, 19 juillet 1974, *Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La Villette (SEMVI)*, *De Grailly, op. cit.*).

199. Cass. com., 25 juin 1991, *Lebas, Société d'urbanisation, d'aménagement, d'équipement et de construction de la ville de Jeumont et de l'arrondissement d'Avesnes (Semvija)*, Bull. civ. IV 239.

200. Allant dans le même sens, cf. CDBF, 13 juin 2003, *SEM Sarcelles chaleur*, *op. cit.*

201. Elle a eu l'occasion d'affirmer que « la désignation par le conseil municipal, comme représentant la collectivité territoriale au conseil d'administration de la SEM A., de l'adjoint au maire chargé du secteur de compétence couvrant les opérations de la SEM A., ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire » et ne peut le soustraire à sa responsabilité financière. (CDBF, 23 février 1994, *M. X., M. Y et SEM A.*, *op. cit.*). Cependant, la Cour statuait sur des faits antérieurs à l'adoption de la réforme de l'économie mixte locale du 7 juillet 1983 et qui a imposé pour la première fois que les collectivités soient représentées dans les organes délibérants par des personnes physiques choisies au sein de leurs organes exécutifs.

responsabilité pénale pour des faits identiques²⁰². Reconnaître la compétence de la Cour envers les élus locaux revient à les assimiler à des ordonnateurs dans l'exercice des fonctions d'administration, voire de direction, des sociétés d'économie mixte locales²⁰³. Or l'administration et la direction de sociétés d'économie mixte locales ne sont pas des activités de gestion de fonds publics, mais de fonds appartenant à une personne morale de droit privé. La Cour de discipline budgétaire et financière aurait donc dû se déclarer incompétente. En adoptant une position contraire, elle fait primer le lien entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales sur la nature de société commerciale. La compétence de la Cour se justifie alors par le fait que les décisions prises par les élus dans les sociétés ne font que refléter la volonté des collectivités et sont susceptibles d'engager les finances publiques. Ceux-ci n'agissent pas en tant qu'administrateurs ou dirigeants des sociétés, mais comme représentants des collectivités territoriales, administratrices ou dirigeantes des sociétés.

106. La difficulté pour déterminer le fondement de la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière illustre la complexité de la conciliation du statut des élus locaux avec l'exercice des fonctions de représentation des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales. Le transfert de la responsabilité civile aux collectivités atteste de la volonté de limiter leur responsabilité dès lors qu'ils ne font que représenter les collectivités et qu'ils n'agissent pas en leur nom propre. La réintroduction d'une responsabilité financière est alors paradoxale, car elle est précisément fondée sur le fait que les élus représentent les collectivités. Ils ont l'obligation de représenter les collectivités territoriales actionnaires dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales et doivent en supporter les conséquences en terme de responsabilité pénale et financière.

202. La Cour de discipline budgétaire et financière a eu l'occasion de rappeler que « les poursuites devant la Cour de discipline budgétaire et financière ne font pas obstacle à l'action pénale » (CDBF, 13 juin 2003, *SEM Sarcelles chaleur*). Sur la question de la conciliation entre les procédures pénale et financière, cf. GROPER (N) - La compétence de la CDBF à l'égard des élus dirigeants d'une SEM - Note sous CDBF, 13 juin 2003, *SEM Sarcelles chaleur* - *AJDA*, 2003, p. 2316 et. ; GROPER (N), MICHAUT (C) - La complémentarité des sanctions CDBF et des sanctions pénales - Note sous CDBF, 11 juillet 2007, *Daniel D.* - *AJDA*, 2007, p. 2431 et s.

203. CHAVENT-LECLÈRE (A-S) *et al.* - La responsabilité fiscale et pénale du dirigeant d'entreprise. Compte rendu du colloque organisé par l'université Lyon 3 le 31 octobre 2008 - *Dr. fiscal*, avril 2009, étude 279, n° 67 ; GARTNER (F) - La direction des sociétés d'économie mixte locales par des élus : « entre commerce et transparence » - *RFDA*, 1997, p. 788.

Chapitre 2

L'ADAPTATION DES RELATIONS FINANCIÈRES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AVEC LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

107. Comme toutes les sociétés commerciales, les sociétés d'économie mixte locales sont dotées d'une personnalité morale traduisant l'individualisation du patrimoine de la société et son autonomisation par rapport à celui de ses actionnaires. L'indépendance statutaire en résultant se traduit par la constitution de capitaux propres, composés du capital social augmenté des réserves réalisées ou grevé des pertes subies au cours de la vie sociale¹. L'autonomisation des sociétés n'empêche pas le maintien de relations financières avec leurs actionnaires. Ils réalisent d'une part la dotation initiale en capital et peuvent, d'autre part, se porter au secours de la société en cas de difficultés en apportant, notamment, des avances de trésorerie². La volonté d'intégration des collectivités territoriales à la structure sociétaire devrait leur permettre de se comporter comme des actionnaires de droit commun, apportant des fonds et pouvant, le cas échéant, accorder des prêts ou des avances aux sociétés d'économie mixte locales. Cette intégration est pourtant confrontée aux particularismes de l'actionnariat public.

108. L'actionnariat des collectivités crée des tensions dans la détermination du droit applicable aux relations institutionnelles et en particulier quant à leurs modalités de financement. Les collectivités sont des personnes publiques et leur participation au capital de sociétés commerciales est de nature à porter atteinte aux règles de la concurrence. La qualité d'actionnaire ne permet pas, à elle seule, aux collectivités territoriales de déroger à la réglementation sur les aides publiques³. À l'inverse, une application trop stricte du droit des aides publiques rendrait la création de ces sociétés impossibles. Le droit des aides publiques doit être concilié avec les exigences du droit des sociétés. En particulier, le régime des

1. Pour une présentation générale de la dotation des sociétés commerciales, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *Droit des sociétés* - Paris, Litec, 22^e éd., 2009, n° 231-250.

2. Désignées généralement sous le vocable d'avances ou d'apports en compte courant d'associés.

3. Le vocable d'aide publique est employé pour sa généralité. Il recouvre ceux d'aide d'État et d'aide publique locale, qui renvoient respectivement au régime communautaire et à la réglementation nationale sur les aides des collectivités territoriales aux entreprises. Son emploi n'est pas exclusif de l'utilisation d'un vocabulaire plus précis lorsqu'il est fait référence au droit communautaire ou au droit interne des aides publiques dans les relations financières. Pour une approche générale de la

relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés est progressivement modifié pour leur permettre de prendre plus largement en compte leurs obligations liées à l'actionnariat. Cette adaptation entraîne la mise en place progressive d'un régime original d'encadrement de l'ensemble des relations financières, s'étendant du principe de la participation publique jusqu'aux modalités d'aide des actionnaires au fonctionnement des sociétés. Elle autorise des dérogations au régime des aides publiques locales, mais ne permet pas l'alignement de ces relations sur le droit des sociétés. Elle est limitée dans sa portée, car si elle permet de faire émerger un corpus juridique original d'encadrement des relations financières en droit interne, elle n'empêche pas l'application surabondante du droit européen des aides d'État. La conciliation de l'actionnariat des collectivités avec le droit des aides publiques locales est recherchée (Section **D**), mais s'avère limitée avec le droit des aides d'État (Section 2).

SECTION 1 LA CONCILIATION RECHERCHÉE DE L'ACTIONNARIAT DES COLLECTIVITÉS AVEC LE DROIT DES AIDES PUBLIQUES LOCALES

109. La spécificité organique des collectivités territoriales prime sur les aspects fonctionnels des relations institutionnelles entretenues avec les sociétés d'économie mixte locales. Les collectivités en sont les actionnaires majoritaires, mais ne peuvent que difficilement exercer les attributs de ceux-ci. Pour pallier ces difficultés, le législateur a créé des mécanismes de financement des sociétés d'économie mixte locales inspirés du droit des sociétés et tenant compte de la nature particulière de ces actionnaires. L'ambivalence des relations institutionnelles résulte alors de la conciliation entre le principe de l'application du droit des aides publiques locales et les atténuations qui lui sont apportées pour permettre l'exercice de la fonction d'actionnaire. Les modalités de financement des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales sont empreintes d'une grande originalité, liée à l'existence d'encadrements spécifiques des opérations sur le capital (§ 1) et des modalités de financement des sociétés en cours de vie sociale (§ 2).

§ 1. L'ENCADREMENT DES OPÉRATIONS SUR LE CAPITAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

110. L'actionnariat de sociétés commerciales suppose, pour que la société puisse être créée, qu'un capital soit constitué par les apports initiaux des différents actionnaires. Cette évidence, au regard du droit des sociétés, doit être conciliée avec le principe de l'interdiction des prises de participations des collectivités territoriales dans le capital de sociétés commerciales. Pour permettre aux collectivités

réglementation sur les aides publiques, *cf.* notamment, COLSON (J-P), IDOUX (P) - *Droit public économique* - Paris, LGDJ, 5^e éd., 2010, n° 596-705 ; NICINSKI (S) - *Droit public des affaires* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 450-545.

territoriales de devenir actionnaires, la dotation initiale en capital des sociétés d'économie mixte locales (I) et les modifications de la participation publique en cours de vie sociale (II) sont encadrées.

I. L'ENCADREMENT DE LA DOTATION INITIALE EN CAPITAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

111. En même temps qu'elle édictait un principe général d'interdiction de la participation des collectivités territoriales dans le capital de sociétés commerciales, la loi du 2 mars 1982 instituait une exception pour l'économie mixte locale. Les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont marquées par cette ambiguïté originelle entre un principe général d'interdiction de la participation (A) et une admission par exception de celle-ci pour les sociétés d'économie mixte locales (B).

A. LE PRINCIPE DE L'INTERDICTION DE LA PARTICIPATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AU CAPITAL DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES

112. La prise de participation publique dans le capital de sociétés commerciales est une forme d'aide reconnue par le droit administratif autant que par le droit européen⁴. Le régime de ces aides varie cependant fortement en fonction de son origine. La participation étatique au capital de sociétés commerciales n'est réglementée par aucune disposition de portée générale. Elle peut, par contre, être requalifiée d'aide publique illégale, en particulier au regard du régime européen des aides d'État, si elle entraîne des distorsions de concurrence⁵. À la différence de l'État, l'actionnariat des collectivités territoriales dans des sociétés commerciales est par principe interdit depuis la loi du 2 mars 1982⁶. Cette interdiction a été codifiée au sein du code général des collectivités territoriales, celui-ci excluant « toutes participations [...] dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif », qu'elles soient le fait d'une commune, d'un département ou d'une région⁷, ainsi que de leurs regroupements⁸ ou des éta-

4. Cf., *infra.*, Section 2, § 1.

5. NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 763 ; KOVAR (R) - Les prises de participations publiques et le régime communautaire des aides d'État - *RTD com.*, 1992, p. 109 et s.

6. Article 6 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF*, 3 mars 1982, p. 1730. Sur le principe de l'interdiction, cf., notamment, COLSON (J-P), IDOUX (P), *op. cit.* - n° 687-693 ; DOUENCE (J-C) - La participation des collectivités locales au capital d'une société commerciale dans la loi du 2 mars 1982 - *L'interventionnisme économique et la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Montpellier, CREAM, 1984, Tome 1, p. 219 et s. ; MAUGÜÉ (C) - Les participations au capital des entreprises et les SEM locales - *JCP E, Cahiers du droit de l'entreprise*, 1998, n° 1, p. 13 et s.

7. Articles L. 2253-1 du code pour les communes, L. 3231-6 pour les départements et L. 4211-1 6° pour les régions. Sur le principe de l'interdiction de la participation des collectivités territoriales dans le capital de sociétés commerciales, cf., notamment, PELTIER (M) - *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 22-26.

8. En ce sens, cf. CRC Poitou-Charentes, ROD 16 octobre 2008, *Société d'économie mixte locale Ouest Énergie*, p. 18 : le juge financier considère que les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également, de façon plus large, à leurs groupements.

blissements publics⁹. Cette interdiction ne peut être dépassée que pour certaines sociétés exerçant des activités de service public¹⁰, ou par une autorisation accordée par un décret en Conseil d'État. Le législateur a ainsi renforcé le régime des aides publiques locales aux prises de participations publiques, celles-ci n'étant possibles que dans des circonstances très limitées.

113. L'interdiction de la participation publique est motivée par plusieurs considérations et, à titre principal, par la dangerosité d'une telle opération pour les finances locales. Elle s'inscrit également dans le prolongement de la circonscription des compétences des personnes publiques dans le domaine économique, le Conseil d'État considérant traditionnellement que « les sociétés commerciales, et notamment les sociétés anonymes, ont été organisées par la loi pour permettre aux particuliers de s'associer dans la gestion d'intérêts privés »¹¹. Cet argumentaire sous-tend certains raisonnements du juge financier. D'une part, lorsqu'une collectivité crée une société d'économie mixte locale, le juge veille à ce qu'elle ne sorte pas du domaine de son objet social. Il stigmatise par exemple la participation d'une commune et d'un département au capital d'une société d'aménagement qui, malgré le caractère d'intérêt général attaché à son objet social, ne réalise que des opérations d'aménagement de propriétés privées, et en particulier de logements. Cette participation viole les dispositions du code général des collectivités territoriales car « l'intervention ne vise pas à satisfaire un intérêt public local et est de nature à concurrencer les architectes et bureaux d'études dans leurs activités traditionnelles »¹². Pour marquer sa désapprobation, la chambre régionale et territoriale des comptes ne se fonde pas sur la violation de la réglementation sur les sociétés d'économie mixte locales, qui prévoit pourtant l'obligation pour la société d'exercer une activité d'intérêt général, mais sur le principe de l'interdiction de la participation publique au capital d'une société commerciale. D'autre part, lorsqu'une société d'économie mixte locale régulièrement créée est dans l'impossibilité d'exercer les activités d'intérêt général définies statutairement ou modifie son objet social et abandonne ces activités, la participation publique devient contraire aux dispositions du code. Pour les sociétés chargées d'une mission de service public par exemple, la résiliation de la délégation de service public conclue avec son actionnaire majoritaire peut priver la société des moyens d'exercer son objet social. La société n'exerçant plus que des missions à caractère privé, le juge conclut à la non-conformité du maintien de la participation publique dans son capital¹³.

114. Le principe de l'interdiction de la participation publique dans le capital de sociétés commerciales ayant une valeur législative et une portée très générale, seule une dérogation ayant la même valeur peut justifier la création des sociétés d'économie mixte locales. Le législateur a, dès 1983, autorisé cette participation.

9. CAA Marseille, 12 février 2007, *Préfet du Var c/ OPAC Var Habitat*, Req. 06MA02263. Jusqu'en 2009, l'article L. 1522-6 du code général des collectivités territoriales permettait aux établissements publics de santé de prendre de telles participations aux côtés des collectivités territoriales (cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

10. Articles L. 2253-1 du code pour les communes, L. 3231-6 pour les départements et L. 4211-1 **6° pour** les régions, renvoyant à l'article L. 2253-2 du code.

11. CE avis, 3 mai 1948 (cité par PRIEUR (M) - *op. cit.* - p. 31).

12. CRC Midi-Pyrénées, ROD 12 juin 2003, *Société d'économie mixte* 12, p. 14.

13. CRC Poitou-Charentes, ROD 16 octobre 2008, *Société d'économie mixte locale Ouest Énergie*, p. 18.

B. L'EXCEPTION DE LA PARTICIPATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AU CAPITAL DE SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

115. L'autorisation législative accordée aux collectivités territoriales ou à leurs groupements de créer des sociétés d'économie mixte locales permet aux collectivités de créer des sociétés commerciales sans que le juge administratif ne puisse leur opposer la réglementation sur les aides publiques locales¹⁴. Il ne s'agit pas de la seule exception, mais elle en est la principale¹⁵. Le principe de l'actionnariat public des collectivités dans les sociétés d'économie mixte locales a été implicitement reconnu par la loi du 2 mars 1982¹⁶, puis repris par celle du 7 juillet 1983¹⁷. Codifié à l'article L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, il permet aux collectivités et à leurs groupements de « créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques »¹⁸. Cette exception est justifiée par le caractère d'intérêt général attaché à l'activité des sociétés d'économie mixte locales.

116. L'actionnariat public des sociétés d'économie mixte locales est soumis à un triple encadrement. En premier lieu, seules les collectivités territoriales ou leurs groupements bénéficient des dispositions de l'article L. 1521-1 code et le juge administratif peut requalifier la prise de participation d'intervention publique illégale. Ainsi, la création d'une telle société par un établissement public industriel et commercial local est annulée, car elle méconnaît le champ de l'article L. 1521-1 du code¹⁹. En l'espèce, l'Office public d'habitation à loyers modérés Var Habitat souhaitait renouveler ses modalités d'intervention en matière de construction et de gestion de logements sociaux. Pour cela, il créa la Société d'économie mixte Var Habitat Méditerranée, dont il possédait 75 % du capital. La Cour administrative d'appel de Marseille était saisie de la validité de cette création au regard de la réglementation sur les sociétés d'économie mixte locales. Le juge était confronté à une difficulté d'interprétation de ces dispositions. En effet, l'article L. 2253-1 du code permettant aux communes et à leurs groupements de prendre des participations dans le capital de sociétés d'économie mixte locales est, en vertu de l'article L. 1411-4 du même code, également applicable aux prises de participation des établissements publics industriels et commerciaux locaux dans ces sociétés. La question posée au juge était celle de savoir si l'article L. 1521-1 du code était d'interprétation stricte ou si elle devait être entendue comme permettant aux établissements publics locaux de créer de telles sociétés. Le juge adopte une

14. ECKERT (G) - Les SEML : la problématique communautaire - *RFDA*, 2005, p. 961.

15. C. Maugué rappelle ainsi que les collectivités territoriales peuvent notamment être autorisées à prendre de telles participations par décret en Conseil d'État dans toute société (articles L. 2253-1, L. 3231-1 et L. 4411-1 du code général des collectivités territoriales) ; qu'elles peuvent participer au capital de sociétés anonymes ayant pour objet exclusif de garantir des concours financiers à certaines personnes privées (articles L. 2253-7, L. 3231-7 et L. 4253-3 du code) (*in* - Les participations au capital des entreprises et les SEM locales - *op. cit.*, p. 14-15).

16. L'article 6 de la loi du 2 mars 1982 (*op. cit.*) prévoit en effet qu'« une loi déterminera le régime juridique des sociétés d'économie mixte ».

17. Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 modifiée relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF* 8 juillet 1983, p. 2099, *AJDA*, 1983, p. 596 et s., note Devès.

18. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

19. CAA Marseille, 12 février 2007, *Préfet du Var c/ OPAC Var Habitat*, *op. cit.*

interprétation restrictive de l'ensemble de ces dispositions, pour limiter la portée de l'atteinte au principe de l'interdiction de la participation publique. Il considère que les établissements publics locaux peuvent participer au capital de sociétés d'économie mixte locales, mais que cette prise de participation ne s'étend pas jusqu'à leur permettre de créer de telles sociétés. Ils ne peuvent que faire partie des actionnaires minoritaires, l'article L. 1521-1 ouvrant la possibilité de créer des sociétés associant les collectivités à des personnes privées « et, éventuellement, à d'autres personnes publiques ». Pour être valable, la création d'une société d'économie mixte locale par un établissement public local aurait dû être approuvée par décret en Conseil d'État, conformément à l'article L. 2253-1 du code.

117. En deuxième lieu, la prise de participation est doublement limitée, les collectivités territoriales devant être les actionnaires majoritaires²⁰ mais ne pouvant détenir plus de 85 % du capital social²¹. L'actionnariat des collectivités se différencie nettement de l'actionnariat étatique, non limité dans son principe²². Elle souligne la spécificité des sociétés françaises, dans un contexte européen largement favorable à l'existence de sociétés à participation publique minoritaire ou de sociétés intégralement publiques²³. La question est régulièrement posée en France de l'assouplissement des conditions de la création des sociétés d'économie mixte locales par la suppression des planchers et plafonds de participation publique²⁴. La définition des seuils a d'ailleurs fait l'objet d'ajustements historiques progressifs, la participation publique étant limitée à 20 % du capital en 1926²⁵. Le seuil de la majorité publique n'a été franchi qu'en 1955, pour être limité à 65 %²⁶. L'autorisation d'une participation publique majoritaire et l'interdiction de la participation publique minoritaire sont relativement récentes et ont été instaurées par la loi du 7 juillet 1983²⁷. Enfin, la loi du 2 janvier 2002 a porté le plafond à 85 %, pour permettre un meilleur contrôle des actionnaires publics sur les sociétés²⁸. Le principe de la participation publique majoritaire n'a jamais

20. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

21. Article L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales.

22. Sur la notion de société d'économie mixte étatique, cf. CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* ; DELION (A) - Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? - *RFDA*, 2005, p. 977 et s.

23. La France fait figure d'exception parmi les États de l'Union européenne (cf. VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne* - Paris, Dexia, 2004, en particulier p. 144-145 ; MOREAU (J) - Les institutions d'économie mixte dépendant des collectivités locales dans 9 pays de l'Union européenne - *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 461 et s.).

24. En ce sens, MICHEL (J-C) - Des sociétés d'économie mixte locales à capitaux publics minoritaires : utopie, évolution ou révolution ? - *RFFP*, 1996, n° 55, p. 117 et s. Voir également les récentes propositions de loi relatives à la création de sociétés à capitaux publics minoritaires, cf. BLUM (R) - *Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2009-2010, n° 1915, 8 p. ; DUPONT (J-L) - *Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n° 594, 9 p.

25. Décret-loi du 5 novembre 1926, loi de décentralisation et déconcentration administrative, *JORF*, 7 novembre 1926, p. 11894.

26. Décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (participation financière ou exploitation directe), *JORF*, 21 mai 1955, p. 5078.

27. Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, *op. cit.* : le plafond de participation publique est alors monté à 80 % du capital.

28. Loi n° 2002-276 du 27 février 2002, *op. cit.* Sur les enjeux et les modalités des contrôles publics des sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

été remis en cause depuis 1983, pour ne pas porter atteinte à la domination des collectivités territoriales sur le fonctionnement des sociétés.

118. L'attachement aux seuils des 50 et 85 % de participation publique n'est pourtant pas absolu. Son assouplissement a été consenti par la création de sociétés à capitaux intégralement publics, dans le secteur de l'aménagement²⁹, puis pour toute activité d'intérêt général³⁰. La suppression du plafond de participation publique vise à permettre aux collectivités d'organiser de façon plus souple la gestion de certaines de leurs activités en confiant, directement à des sociétés dont elles contrôlent l'activité, l'exécution de missions contractuelles sans avoir à respecter les obligations de mise en concurrence³¹. Elle demeure incomplète, les collectivités territoriales n'ayant le choix qu'entre des sociétés dans lesquelles elles peuvent détenir jusqu'à 85 % du capital ou des sociétés intégralement publiques.

119. En dernier lieu, la création d'une telle entreprise peut résulter de la transformation d'une régie ou d'un établissement public³². La société, même si elle reprend les activités anciennement exercées par la régie, n'en demeure pas moins une structure distincte de celle-ci, dotée d'une personne morale de droit privé³³. Sa création est étroitement surveillée par le juge financier qui ne manque pas de soulever les risques financiers pour une commune de la création d'une telle société et le caractère souvent trompeur d'une telle création pour l'assainissement des finances locales. En effet, « que le service soit exploité en régie ou en délégation de service public, son économie générale est identique, à missions identiques »³⁴, et la transformation de la régie en société doit être supportée par des études permettant de mettre en valeur les avantages de la forme sociétale sur ceux de la régie. À défaut, la commune ne sera pas appelée à combler les déficits en tant que délégataire du service public, mais en tant qu'actionnaire. Le juge financier ne critique pas, en tant que telle, la transformation en société d'économie mixte locale, mais vérifie que celle-ci est motivée par des considérations techniques, juridiques et financières appropriées³⁵.

120. L'encadrement de la constitution des sociétés d'économie mixte locales permet de contourner le principe de l'interdiction de la participation publique des collectivités territoriales dans le capital de sociétés commerciales. Mais la

29. Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (ENL), *JORF*, 16 juillet 2006 p. 10662, *AJDA*, 2006, p. 2371 et s., note Peltier (sur les sociétés publiques locales d'aménagement, *cf. infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

30. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL), *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès (sur les sociétés publiques locales, *cf. infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

31. Sur la théorie des prestations intégrées et son applicabilité dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, *cf. supra*, Partie 2.

32. Cette opération ne s'apparente pas à une privatisation au sens de la Constitution et peut être réalisée sans l'intervention du législateur (CE, 28 juin 1989, *Syndicat des personnels des industries électriques et gazières de Grenoble - CFDT*, Inédit, *RFDA*, 1989, p. 929 et s., conclusions Guillaume, note Lachaume).

33. CRC Midi-Pyrénées, ROD 8 janvier 2010, *Commune de Carmaux*, n° 2.3.

34. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 4 septembre 2009, *Commune d'Hénin-Beaumont*, p. 37.

35. En l'espèce, le juge financier critique la transformation de la régie en société car, selon lui, les études financières et juridiques n'ont pas été suffisamment poussées pour éclairer le conseil municipal sur les enjeux d'une prise en charge de l'activité des pompes funèbres par une société d'économie mixte locale (*Idem*). Sur les modalités techniques des opérations de contrôle des sociétés d'économie mixte locales par les chambres régionales et territoriales des comptes, *cf. infra*, Chapitre 3, Section 2.

participation publique initiale n'est cependant pas forcément suffisante pour garantir la pérennité d'une société. L'adaptation des collectivités territoriales à la fonction d'actionnaire nécessite également qu'elles puissent modifier leur participation.

II. L'ENCADREMENT DES MODIFICATIONS DE LA PARTICIPATION PUBLIQUE DANS LE CAPITAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

121. Une fois admise dans son principe, la participation au capital des sociétés d'économie mixte locales ne saurait être figée au jour de la création de la société. Les actionnaires publics peuvent décider de modifier le montant de leur participation, dans la limite des plancher et plafond législatifs. Le juge financier souligne l'irrégularité des dépassements du seuil des 85 % de participation, même si celui-ci est temporaire et est justifié par la nécessité d'apporter des fonds publics pour préserver l'activité de la société³⁶. Le contrôle de la régularité des modifications apportées au capital devrait appartenir au juge judiciaire, le Tribunal des conflits considérant que la qualité d'actionnaire majoritaire d'une personne publique dans une société commerciale n'est pas un motif suffisant pour entraîner la compétence du juge administratif, la société demeurant une personne morale de droit privé³⁷. Mais le juge administratif retrouve sa compétence lorsqu'il est saisi de la légalité des délibérations autorisant la constitution de la société³⁸ ou la modification de son capital social³⁹. Une fois sa compétence reconnue, il refuse cependant de contrôler l'opportunité de l'opération sur le capital, sauf en cas d'erreur manifeste d'appréciation de la collectivité, eu égard à la gravité de la situation financière de la société et aux capacités financières des collectivités souscriptrices⁴⁰.

122. Le juge judiciaire est pleinement compétent pour connaître des modalités d'une augmentation du capital social d'une société d'économie mixte locale. Il pourrait ainsi être saisi d'une question relative aux conséquences d'une prise de participation publique réalisée en violation des seuils définis par le code général des collectivités territoriales. Dans cette circonstance, S. Nicinski s'interroge sur la possibilité d'annuler le contrat de société pour des motifs tirés de l'illégalité des délibérations autorisant les prises de participations publiques⁴¹. Cette hypothèse soulève la question de la possibilité, pour le juge judiciaire, de constater l'illégalité de la délibération autorisant la modification de la participation publique. Dans

36. CRC Bourgogne, ROD 23 décembre 2004, *Société anonyme d'économie mixte sportive du circuit de Nevers-Magny-Cours (SAEMS)*, n° 2-1 : en l'espèce, la participation publique était portée de 80 à 90 % du capital social.

37. En ce sens, *cf.*, notamment, TC, 23 octobre 1995, *Société Canal Plus Immobilier*, Rec. 500 ; TC, 12 décembre 2005, *Association sportive de karting Semurois, société d'économie mixte Auxois-Bourgogne, CP-ACCP*, 2006 n° 54, p. 76 et s., note Ondoua ; TC, 20 février 2006, *Guy X c/ Bureau d'études BERIM*, Inédit, *Rapport public annuel 2006*, Paris, Éditions du Journal officiel, 2006, 3498.

38. À titre illustratif, CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*, Req. 00PA00781, *BJCL*, 2004, p. 563 et s., concl. Trouilly.

39. CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence c/ Commune d'Allos*, Rec. 18, *AJDA*, 1994, p. 470 et s., note Devès.

40. CE, 17 janvier 1994, *op. cit.*

41. NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 895.

la mesure où la délibération est assimilable à un acte administratif unilatéral⁴², le juge judiciaire ne peut, d'après la jurisprudence *Septfonds*⁴³ ni en interpréter le sens ni en apprécier la légalité. Il doit alors saisir le juge administratif d'une question préjudicielle en appréciation de la légalité de l'acte. Le constat de la violation des dispositions du code général des collectivités territoriales ne permet pas pour autant de conclure à une annulation possible du contrat de société. Les nullités fondées sur le régime de ce type de contrat sont limitativement énumérées par le code civil et tiennent à l'absence de la pluralité de personnes au contrat, au défaut d'apports ou de participation aux résultats, à l'illicéité de l'objet social ou à l'absence d'intérêt commun des associés⁴⁴. Le dépassement des seuils légaux de participation publique ne correspond pas à l'un de ces critères. À défaut, le juge pourrait annuler l'opération de modification du capital⁴⁵, voire simplement la prise de participation publique⁴⁶, sur le fondement du défaut de capacité des collectivités territoriales pour dépasser les seuils légaux de participation publique.

123. Saisi d'une délibération autorisant les collectivités territoriales à modifier leur participation dans le capital d'une société d'économie mixte locale, le juge administratif s'assure qu'elles ne constituent pas des aides déguisées, apportées par contournement de la réglementation relatives aux aides publiques. Dans ses conclusions sur la décision *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence*, le commissaire du gouvernement Denis-Linton rappelle ainsi que l'augmentation en capital est une forme normale de soutien aux entreprises, et qu'à ce titre elle ne saurait constituer une aide publique. Mais pour qu'elle ne soit pas invalidée par le juge administratif, « encore faut-il que l'opération ne soit pas détournée de son but »⁴⁷. Par son raisonnement, le Conseil d'État assouplit les conséquences d'une application trop stricte de la réglementation sur les aides publiques dans les relations financières. Une interprétation trop stricte rendrait le financement des sociétés impossible, alors qu'elles en sont les actionnaires. En l'espèce, il considère que l'opération d'apurement du passif d'une société, par diminution puis augmentation successives du capital, souvent désignée par le vocable de « coup d'accordéon »⁴⁸, est

42. L'acte individuel est caractérisé par l'individualisation de son destinataire, au contraire de l'acte réglementaire qui édicte des mesures générales et impersonnelles (sur la distinction, cf. CHAPUS (R) - *Droit administratif général* - Paris, Montchrestien, Tome 1, 15^e éd., 2001, n° 697-704). La délibération autorisant les collectivités territoriales à prendre des participations à l'augmentation du capital social d'une société d'économie mixte locale est un bien un acte unilatéral concernant l'évolution de la composition du capital social d'une société nominativement désignée.

43. TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, Rec. 498, S., 1923, III, p. 49 et s., note Hauriou.

44. Articles 1832 et 1833 du code civil.

45. L'article L. 235-1 du code de commerce prévoit l'annulation des actes ou délibérations modificatifs des statuts, telle qu'une opération d'augmentation du capital. Cette nullité peut soit être fondée sur une disposition expresse du code de commerce, soit sur le droit des contrats (COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *Droit des sociétés* - Paris, Litec, 22^e éd., 2009, n° 420-427). Aucune disposition expresse du code de commerce ne prévoit la nullité de l'augmentation du capital dans les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Sauf à opter pour une interprétation extensive d'une disposition du code, le juge judiciaire ne pourra annuler l'opération dans son intégralité qu'en se fondant sur un vice classique du contrat (illicéité de l'objet, illicéité de la cause ou vice du consentement).

46. L'annulation d'une souscription n'entraîne pas nécessairement celle de l'opération dans son ensemble (COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.*, n° 163).

47. DENIS-LINTON (M) - Conclusions sur CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence* - non publiées, p. 3 et 4.

48. Sur le « coup d'accordéon », cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *Droit des sociétés* - Paris, Litec, 22^e éd., 2009, n° 851 ; SYLVESTRE-TOUVIN (S) - *Le coup d'accordéon ou Les vicissitudes du capital* - Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 599 p.

une aide publique « eu égard à la gravité de la situation financière de la SEFA et aux capacités financières de la commune »⁴⁹. Le juge vérifie, par le biais d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, que la commune s'est comportée comme un actionnaire et non comme une autorité publique apportant une aide à une entreprise en difficultés. Cette analyse restrictive permet de tenir compte de la spécificité de l'actionnariat public et principalement de l'origine budgétaire des fonds apportés lors d'une recapitalisation⁵⁰.

124. La solution dégagée par le Conseil d'État dans le silence de la loi de 1983 a été confirmée par la réforme de 2002 et codifiée à l'article L. 1522-4 du code général des collectivités territoriales, selon lequel les collectivités territoriales « peuvent, en leur qualité d'actionnaire, prendre part aux modifications du capital » sans avoir à respecter les conditions relatives aux aides publiques locales⁵¹. Bien qu'elle s'inspire de la jurisprudence administrative, la loi de 2002 n'a pas repris les conditions dégagées par le juge. Face à ce silence prolongé, le juge administratif a maintenu son analyse de l'erreur manifeste d'appréciation de la nature de l'opération, rappelé par un considérant de principe dans sa décision du 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du bassin de Thau*⁵². Admise dans son principe, l'opération de recapitalisation demeure encadrée.

125. En premier lieu, la modification de la composition du capital ne peut pas permettre de dépasser les seuils de participation minimal et maximal fixés par la loi⁵³ et toute modification au-delà de ces seuils nécessiterait une autorisation par décret en Conseil d'État⁵⁴. Dans l'hypothèse d'une modification de la participation publique en deçà du seuil des 50 %, la qualification de l'opération de privatisation ne semble pas pouvoir être écartée. Cependant, le régime lui étant applicable est incertain. Il est généralement admis que la qualité d'entreprise du secteur public local ne suffit pas, en elle-même, à exclure le régime de l'article 34 de la Constitution⁵⁵. Dès lors que la cession de la majorité des participations publiques au capital constitue bien un « transfert du secteur public au secteur privé » au

49. CE, 17 janvier 1994, *op. cit.*

50. SESTIER (J-F) - *op. cit.*, p. 928. Ce faisant, le juge administratif esquisse un rapprochement avec la position du juge communautaire, qui ne valide ces opérations qu'à la condition que l'actionnaire public se comporte comme le ferait un investisseur avisé en économie de marché (*cf. infra.*, Section 2).

51. Codifiées aux articles L. 1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

52. Pour le Conseil d'État, « il appartient au juge administratif, saisi d'un recours contre une délibération décidant la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement à une opération de recapitalisation d'une société d'économie mixte locale dont cette collectivité ou ce groupement est actionnaire, de vérifier [...] si, eu égard à la situation financière de cette société et aux capacités financières de la collectivité ou du groupement, elle n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation » (CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du bassin de Thau*, Req. 313590, *RJEP*, 2011, comm. 17, conclusions Cortot-Boucher ; *AJDA*, 2011, p. 19 et s., note Nicinski, *JCP ACT*, janv. 2011, 2038, note Karpenschif, *RLC*, 2011, n° 27, 1798, note Brameret). Allant dans le même sens, *cf.* CAA Bordeaux, 29 octobre 2002, *M. Bordeaux*, Req. 98BX00284, *AJDA*, 2003, p. 235 et s., note Devès ; CAA Marseille, 21 décembre 2007, *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau c/ Préfet de la région Languedoc Roussillon, Préfet de l'Hérault*, Req. 06MA01462.

53. Articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales. Le Conseil d'État a rappelé cette règle dans son considérant de principe de l'arrêt du 10 novembre 2010 (*Communauté de communes du nord du bassin de Thau*, *op. cit.*).

54. Articles L. 2253-1, L. 3132-1 et L. 4111-1 du code général des collectivités territoriales (*cf. supra.*, A, 1).

55. En ce sens, *cf.* BROUSSOLLE (D) - Les privatisations locales - *AJDA*, 1993 p. 323 et s. ; MAUGÜÉ (C) - Les participations au capital des entreprises et les SEM locales - *op. cit.*, p. 16.

sens de la Constitution, seul le législateur est compétent pour procéder à cette opération⁵⁶. Le juge administratif devrait donc invalider systématiquement les opérations de recapitalisation des sociétés d'économie mixte locales conduisant au passage de la participation publique en deçà du seuil des 50 %. Seulement, le législateur a assoupli ce régime pour permettre une privatisation administrative des entreprises publiques modestes⁵⁷. Les sociétés d'économie mixte locales correspondent généralement aux critères de ces privatisations administratives. Dans ce cas, le juge financier se contente de constater l'effectivité de l'opération⁵⁸ et qu'elle n'a pas été réalisée en méconnaissant éventuellement certaines sujétions imposées par les statuts ou la législation sur les sociétés commerciales⁵⁹. L'encadrement des modalités de financement des sociétés d'économie mixte locales par la voie de la recapitalisation apparaît alors comme une mesure visant à éviter les privatisations par dilution du capital public lors d'une augmentation de celui-ci⁶⁰.

126. En deuxième lieu, la réalisation de l'opération sur le capital reste difficile en pratique car il s'agit d'une procédure lourde et encadrée⁶¹. Elle ne permet pas aux actionnaires publics de soutenir financièrement la société de façon efficace et rapide lorsque celle-ci doit faire face à des difficultés financières temporaires. En dernier lieu, le Conseil d'État définit la catégorie des opérations sur le capital de façon restrictive. Il a ainsi expressément exclu de son champ les reprises du passif et de l'actif d'une société, même lorsqu'elles se traduisent par une modification de la répartition dans le capital⁶².

127. L'encadrement strict des opérations sur le capital ne permet pas aux collectivités territoriales de répondre aux attentes des sociétés d'économie mixte locales en cas de difficultés temporaires de trésorerie, et les contraint à mettre en

56. Article 34 de la Constitution.

57. Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations, (*JORF*, 7 août 1986, p. 9695), modifiée par la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation, (*JORF*, 21 juillet 1993, p. 10255). En particulier, seule une déclaration préalable, générant une autorisation tacite en cas de non-opposition du ministre de l'Économie dans un délai de 10 jours pour un motif tiré de l'évaluation faite de l'entreprise dont l'effectif ne dépasse pas 1 000 personnes et le chiffre d'affaires 150 millions d'euros ; une déclaration *a posteriori* au ministre dans un délai de 30 jours après l'opération lorsqu'elle porte sur une entreprise dont l'effectif dépasse 50 personnes et le chiffre d'affaires 7,5 millions d'euros.

58. CRC Aquitaine, ROD 12 février 2006, *Société d'économie mixte Électricité service Gironde (ESG)*, point 5-3.

59. CRC Poitou-Charentes, ROD 24 avril 2006, *Société du Palais des Congrès du Futuroscope*, p. 3. La chambre relève que le *Département de la Vienne*, qui détenait presque 80 % du capital social, a décidé unilatéralement de céder ses actions, alors que les statuts imposaient l'accord du directoire. La chambre constate que la régularité de la privatisation était contestable, l'article L. 228-23 du code de commerce rendant nulle toute violation d'une clause d'agrément fixée par les statuts. L'opération a donc été annulée, le département récupérant ses participations publiques.

60. La technique de la privatisation par dilution du capital public consiste à procéder à une augmentation du capital social à laquelle seules des personnes privées participent, entraînant la dilution de la part publique dans le capital et la privatisation si les personnes publiques perdent la détention de la majorité de celui-ci. Le Conseil d'État a reconnu que ce mécanisme ne peut pas être utilisé pour contourner les mécanismes de privatisation (*cf.* CE Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la S.F.E.N.A.*, Rec. 436, *RDP*, 1983, p. 497 et s., note Auby). Dans cette hypothèse, la prise de participations publiques est obligatoire pour préserver l'appartenance de l'entreprise au secteur public.

61. La procédure de l'augmentation de capital d'une société anonyme est régie par les articles L. 225-127 et s. du code de commerce (*cf.* DEPORCQ (D), GÉRAUD (P), PAISLEY (J), POIGET (M) - *Code pratique des sociétés d'économie mixte locales* - Berger-Levrault, 2003, p. 250 et s.).

62. CE, 15 mars 2000, *Commune de Romilly-sur-Seine*, *op. cit.*

œuvre des procédures parfois inadaptées et aux résultats incertains. Pour faciliter le financement de ces sociétés, une intervention du législateur était souhaitée, permettant un encadrement du financement des sociétés d'économie mixte locales en cours de vie sociale, en dehors des opérations sur le capital.

§ 2. L'ENCADREMENT DU FINANCEMENT DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES EN COURS DE VIE SOCIALE

128. Au cours de la vie sociale, les sociétés d'économie mixte locales peuvent avoir besoin de financements ponctuels ne nécessitant pas de modifier leur capital. Lorsque des sociétés commerciales ont besoin de prêts, elles peuvent se retourner vers leurs actionnaires, qui consentent à leur verser des avances en compte courant d'associés⁶³. Le juge administratif s'est fortement opposé à la transposition de ce mécanisme dans les relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Les collectivités territoriales ne peuvent ainsi remplir leur fonction d'actionnaire, leurs relations financières avec les sociétés étant par principe soumises au régime des aides publiques (I). Pour limiter les effets de cette jurisprudence, le législateur a introduit des aménagements à la notion d'aide publique dans les relations financières (II).

I. LA SOUMISSION DES RELATIONS FINANCIÈRES AU RÉGIME DES AIDES PUBLIQUES

129. La reconnaissance de la qualité d'actionnaire aux collectivités territoriales par la loi du 7 juillet 1983 n'a pas suffi pour leur en reconnaître tous les attributs. La loi n'ayant prévu aucun mécanisme spécifique de financement des sociétés en cours de vie sociale, la législation commerciale aurait dû être applicable aux mécanismes de financement des sociétés⁶⁴. Le juge s'est écarté de cette position au prix d'une interprétation extensive de la notion d'aide publique prohibée (A). Cette interprétation a entraîné une limitation paradoxale des pouvoirs des collectivités territoriales actionnaires (B).

A. L'INTERPRÉTATION EXTENSIVE DE LA NOTION D'AIDE PUBLIQUE PROHIBÉE

130. La détermination du régime des financements des collectivités territoriales aux sociétés d'économie mixte locales dépend de l'interprétation donnée par le juge administratif à la notion de collectivité actionnaire : soit les collectivités financent les sociétés en tant qu'actionnaires, dans les conditions du droit des sociétés ; soit elles agissent en tant qu'autorités publiques et ne peuvent apporter

63. Sur la notion de compte courant d'associé, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 241-258, MARTIN (F) - Les aspects juridiques et fiscaux du compte courant d'associé - *LPA*, 2011, n° 99, p. 31 et s.

64. L'article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales prévoit que les sociétés d'économie mixte locales sont soumises aux dispositions du code de commerce, « sous réserve des dispositions du présent titre ».

de financements qu'en respectant la réglementation sur les aides aux entreprises privées⁶⁵. Le juge administratif a privilégié la seconde interprétation depuis sa jurisprudence *Préfet de l'Allier c/ Commune de Vichy* du 12 avril 1991⁶⁶, bien qu'il ait été hésitant quant au fondement à lui apporter. Pour annuler une avance financière opérée par la Ville de Vichy à la Société d'économie mixte des grands hôtels de Vichy dont elle était l'actionnaire majoritaire, il s'est fondé sur deux arguments, tenant à la fois au respect de la réglementation sur les aides publiques locales et à la violation des règles de la concurrence et en particulier de celle de la liberté du commerce et de l'industrie. La portée de cette décision n'était pas certaine car elle semblait confondre deux fondements différents de l'intervention publique : la qualité d'actionnaire et celle d'autorité publique. En particulier le juge reconnaissait, *a contrario*, qu'une intervention d'actionnaire pouvait être réalisée par la collectivité agissant en qualité d'autorité publique dès lors que l'aide était justifiée par une carence de l'initiative privée au sens de la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*⁶⁷. Pour apporter une aide financière à une société dont elle est actionnaire, la collectivité devait démontrer que son intervention était la seule susceptible d'éviter la disparition de l'activité économique car les relations financières étaient assimilées à une intervention directe de la personne publique dans le domaine économique. Le juge ne raisonnait pas uniquement en termes d'encadrement des modalités de financement, mais se posait également la question de la possibilité, pour un actionnaire public, d'apporter des fonds à la société⁶⁸.

131. Mettant un terme à ces hésitations, le Conseil constitutionnel⁶⁹ puis le Conseil d'État ont clairement aligné le régime des relations financières sur le droit des aides publiques locales. Dans sa décision du 20 janvier 1993, le Conseil constitutionnel a rappelé que ni les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés d'économie mixte locales, ni la nature de leurs activités ne permettent de les soustraire, d'une façon générale, aux règles régissant les relations des collectivités territoriales avec les entreprises privées. S'appuyant sur cette solution, le Conseil d'État a précisé, dans une décision *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence c/ Commune d'Allos*, que « les communes [...] ne peuvent [...] accorder légalement d'aides [...] à ces sociétés d'économie mixte locales, qui sont régies par les dispositions de la loi sur les sociétés commerciales, qu'en respectant les conditions fixées par [la législation sur les

65. Pour un exposé de ces hésitations, *cf.*, notamment, BIZET (J-F), DEVÈS (C), DUPUIS (M-A) - De quelques difficultés de concilier, au sein des sociétés d'économie mixte locales, les règles du droit commercial et celles du droit administratif - *Dr. Adm.*, déc. 1991, p. 1 et s., et janv. 1992, p. 1 et s. ; DEVÈS (C) - Faut-il réformer la loi du 7 juillet 1983 ? - *AJDA*, 1993, p. 637 et s.

66. TA, Clermont-Ferrand, 21 avril 1991, *Préfet de l'Allier c/ Commune de Vichy*, Req. 901097, *Dr. Adm.*, 1991, n° 529.

67. CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. 583., GAJA, n° 44.

68. En l'espèce, le juge annule le versement d'avances destinées à compenser le remboursement d'un prêt à la Caisse des dépôts et consignations.

69. En l'espèce, le texte de loi déféré prévoyait une dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence des délégations de service public conclues entre les sociétés et leurs actionnaires publics. Le Conseil annule cette disposition, sur le fondement du principe d'égalité (CC, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, RFDA, 1993, p. 902 et s., note Pouyaud).

aides publiques locales] »⁷⁰. En théorie, le Conseil d'État valide la possibilité pour les collectivités territoriales d'apporter des financements en leur qualité d'actionnaires. La jurisprudence n'apporte qu'une limitation à l'application du droit des sociétés, encadrant les modalités d'attribution des aides financières. Dans la pratique cependant, elle a gravé dans l'airain le refus du financement des sociétés d'économie mixte locales par des techniques du droit des sociétés. Reprenant cet apport, une circulaire de la Direction générale des collectivités locales enjoignait les collectivités à se conformer strictement à la législation sur les aides publiques locales⁷¹.

132. La jurisprudence administrative a largement confirmé l'interprétation restrictive prônée par la jurisprudence *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence*, entraînant la requalification presque systématique des financements en aides prohibées. Ont ainsi été annulées des garanties d'ouverture de crédits⁷², même réalisées dans le cadre d'une opération conventionnée⁷³ ; des avances de trésorerie ou des garanties sur des opérations autres que des emprunts, telle une garantie des pertes de la société⁷⁴, même s'il s'agit d'une opération conventionnée⁷⁵ ; des bonifications d'intérêts⁷⁶ ; des mises à disposition de fonds dont le remboursement est conditionné à la réalisation de bénéfices⁷⁷ ; ou encore l'effacement du passif de la société par sa liquidation amiable ou volontaire⁷⁸. Allant au terme de son raisonnement, le Conseil d'État précise que les actionnaires majoritaires peuvent apporter « les aides que le [code général des collectivités territoriales] autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à accorder à des entreprises »⁷⁹.

133. En limitant les possibilités de financement des sociétés d'économie mixte locales, le juge administratif a cherché à encadrer le développement de techniques potentiellement dangereuses pour les finances publiques des collectivités territoriales actionnaires. Les collectivités étant les actionnaires majoritaires, elles assument à titre principal les risques financiers encourus par ces sociétés. Lorsqu'une société d'économie mixte locale se trouve dans une situation financière difficile, il

70. CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence c/ Commune d'Allos*, Rec. 18, *Rev. Sociétés*, 1994, p. 765 et s., note Alibert et Durand ; *AJDA*, 1994, p. 470 et s., note Devès ; *RFDA*, 1994, p. 900 et s., note Douence ; *JCP G*, 1994, II, 22311, note Moreau. La réglementation sur les aides publiques est issue de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (*JORF*, 3 mars 1982, p. 1730). Ces dispositions ont été codifiées aux articles L. 1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales et modifiées par la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (*JORF*, 28 février 2002, p. 3821) et la loi n° 2004-819 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, (*JORF*, 17 août 2004, p. 14545).

71. Pour la DGCL, une aide « qui ne revêt pas l'une des formes limitativement énumérées par la loi ou qui ne se rattache ni au soutien aux entreprises en difficultés, ni au maintien des services en milieu rural, serait contraire [aux] dispositions [de l'arrêt du Conseil d'État du 1^{er} janvier 1994] » (Circulaire du 7 mars 1994, non publiée au *JORF*).

72. CE, 16 janvier 1995, *Ville de Saint-Denis*, Rec. 34.

73. CAA Paris, 6 avril 1999, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, Req. 97PA01799.

74. CE, 6 novembre 1995, *Commune de Villenave-d'Ornon*, *AJDA*, 1996, p. 224 et s., note Devès.

75. CAA Paris, 22 mars 2001, *Département des Hauts-de-Seine*, Req. 99PA02085.

76. CE, 20 mars 1998, *Département de la Seine-Saint-Denis*, *Dr. adm.*, 1998, comm. 370, note Benjamin.

77. CE, 21 juin 1999, *Société d'économie mixte intercommunale des pays de France et de l'Aulnoye*, *Gaz. Pal.*, 2000, 1, somm. 398.

78. CE, 15 mars 2000, *Commune de Romilly-sur-Seine*, *Dr. Adm.*, 2000, p. 4 et s., note Groud.

79. CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du bassin de Thau*, *op. cit.*

y a un risque que les collectivités territoriales confondent intérêt général – aider une entreprise en difficulté – et intérêt social, afin d'éviter la liquidation d'une société dont elles sont actionnaires⁸⁰. Restreindre l'application du droit des sociétés permet d'éviter que les collectivités territoriales ne subventionnent des projets qui, bien qu'intéressants pour le développement local, sont en réalité risqués car économiquement incertains.

134. Les juges financiers ont régulièrement l'occasion de relever que les apports financiers à une société d'économie mixte locale sont « une situation génératrice de risques » pour les finances locales⁸¹. En particulier, ils peuvent conduire à une dégradation des comptes des actionnaires majoritaires, à cause d'une situation financière trop dégradée ou d'une mauvaise gestion de la société. L'exemple de la Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard est topique à cet égard⁸². Créée à la fin des années 1980, la société privée exploitant le centre thermal était confrontée à de graves difficultés financières qui auraient dû conduire à la liquidation judiciaire. En l'absence de repreneurs, la Commune d'Allevard a décidé, en 1997, de préserver l'activité par le rachat de la société et sa transformation en une société d'économie mixte locale. Depuis lors, elle n'a cessé d'apporter des fonds à la société, sous la forme de diverses garanties d'emprunts, de financement de travaux et autres avances en comptes courants⁸³. Sans revenir sur la validité juridique de ces aides, le juge financier observe que la situation financière de la société la rend étroitement dépendante des financements publics et que, à l'inverse, l'actionnariat public participe à la forte dégradation des comptes publics de la collectivité⁸⁴.

135. Les dérives constatées dans l'utilisation ou le financement des sociétés d'économie mixte locales par leurs actionnaires publics ont largement participé à l'émergence d'un positionnement jurisprudentiel strict quant à leur possibilité de financement. La position adoptée par l'arrêt *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence*⁸⁵ limite fortement les pouvoirs de financement des collectivités territoriales actionnaires. Elle a conduit certains commentateurs à se demander si « un droit jurisprudentiel de l'économie mixte peut se substituer progressivement au système imaginé par le législateur »⁸⁶. En effet, le législateur n'avait pas

80. Sur l'applicabilité des procédures collectives aux relations institutionnelles, cf. *infra.*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 et L'HÔTE (V) - L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales : de l'insolvabilité du droit administratif dans le droit commercial - *AJDA*, 2003, p. 2233 et s.

81. Notamment, CRC Île-de-France, ROD 15 décembre 2009, *Département de l'Essonne*, p. 16. Dans le même sens, cf. CRC Île-de-France, ROD 14 janvier 2010, *Commune de Pantin* : la chambre relève que la Société d'économie mixte immobilière de Pantin (SEMIP) est sous-capitalisée, et nécessite le recours massif à l'emprunt (pour plus de la moitié de ses ressources externes) pour continuer à exercer ses activités (n° 2.6.2).

82. CRC Rhône-Alpes, ROD 6 octobre 2000, *Commune d'Allevard* ; CRC Rhône-Alpes, ROD 19 juin 2009, *Commune d'Allevard* ; CRC Rhône-Alpes, ROD 3 juillet 2009, *Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard* ; CRC Rhône-Alpes, ROD 26 novembre 2010, *Commune d'Allevard* ; CRC Rhône-Alpes, ROD 26 novembre 2010, *Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard*.

83. À titre illustratif, le financement par ces avances est passé de 90 000 € en 2003 à 200 000 € en 2007 (CRC Rhône-Alpes, ROD 3 juillet 2009, *op. cit.*, p. 10).

84. CRC Rhône-Alpes, ROD 19 juin 2009, *op. cit.*, point 2.3

85. CE, 17 janvier 1994, *op. cit.*

86. DEVÈS (C) - Un droit jurisprudentiel de l'économie mixte peut-il se substituer progressivement au système instauré par la loi du 7 juillet 1983 ? - Note sous CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence* - *AJDA*, 1994, p. 470.

prescrit ce régime juridique dérogatoire du droit commun, pas plus qu'il n'avait prévu l'application du droit des sociétés. Davantage qu'à une substitution, le juge administratif a procédé, semble-t-il, au comblement d'une lacune législative. Il n'en demeure pas moins que l'interprétation du silence de la loi est révélatrice du rôle paradoxal des collectivités territoriales dans les relations.

B. LA LIMITATION PARADOXALE DES POUVOIRS DES COLLECTIVITÉS ACTIONNAIRES

136. En même temps que le juge administratif reconnaissait aux collectivités territoriales la qualité d'actionnaire, il leur en refusait par principe les prérogatives. La rupture avec l'esprit de la loi, si ce n'est avec sa lettre, était en ce sens manifeste. Le législateur avait voulu assimiler le plus largement possible les sociétés d'économie mixte locales à des sociétés commerciales dont les collectivités étaient les actionnaires⁸⁷. Cet actionnariat public se manifestait, à titre principal, par les apports en capital lors de la constitution de la société. Dès lors, la limitation du pouvoir d'apporter des financements en cours de vie sociale remettait en cause l'assimilation des collectivités à des actionnaires au sens du droit des sociétés.

137. Le juge administratif a opté pour une analyse personnaliste de l'économie mixte locale : les sociétés d'économie mixte locales sont des sociétés commerciales, auxquelles les collectivités ne peuvent apporter des aides que dans les conditions du droit administratif. La seule qualité d'actionnaire n'est pas suffisante pour faire sortir les collectivités de leur rôle de personnes publiques dans leurs rapports financiers avec les sociétés d'économie mixte locales. Dès lors qu'elles sont assimilées à des entreprises privées, il est cependant paradoxal d'interdire à leurs actionnaires, fussent-ils des collectivités publiques, d'apporter des aides et autres subventions dans les conditions permises par le droit des sociétés⁸⁸. L'analyse retenue par le Conseil d'État a eu deux conséquences directes sur le fonctionnement de l'économie mixte locale. Du point de vue des sociétés, les possibilités de financements de leurs activités étaient enserrées dans un carcan extrêmement rigide elles n'offraient qu'un « choix cornélien »⁸⁹ : soit l'intervention était fondée sur la réglementation sur les sociétés d'économie mixte locales⁹⁰ et les possibilités de financements étaient extrêmement limitées ; soit les collectivités territoriales accordaient des aides compatibles avec les dispositions du code général des collectivités territoriales⁹¹, réduisant considérablement le champ des aides possibles. Du point de vue des collectivités territoriales actionnaires, la situation n'était guère plus favorable, car celles-ci se trouvaient dans une position diminuée par rapport aux actionnaires privés au sein de la société, seuls capables d'apporter des fonds dans les conditions

87. En ce sens, cf. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 41-72.

88. J.-Y. Chérot s'interrogeait ainsi sur la question de savoir « pourquoi [il faut] priver les collectivités locales actionnaires des compétences reconnues par le droit commercial aux actionnaires » (in - La réglementation des relations financières entre les collectivités locales actionnaires et leurs sociétés d'économie mixte locales - *op. cit.*, p. 16).

89. CHOUVEL (F) - Règles régissant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM - Note sous CE, 21 avril 1997, *Commune d'Aubagne* - *AJDA*, 1997, p. 713.

90. Articles L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

91. Articles L. 1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

du droit des sociétés. Le déséquilibre au détriment des actionnaires publics, « otages des apporteurs privés de capitaux »⁹², restait cependant relatif, ces derniers n'ayant qu'une marge de financement limitée, liée à la faiblesse de leur participation.

138. Une autre approche des relations financières était possible, fondée sur une analyse relationnelle de l'économie mixte locale. Dans cette optique, les relations institutionnelles priment la seule nature de société commerciale. Les sociétés d'économie mixte locales ne sont pas de simples sociétés commerciales, ce sont des sociétés créées par des collectivités dans une finalité d'intérêt général⁹³. Lorsque celles-ci leur allouent des financements, il ne s'agit pas pour les actionnaires publics de réaliser un placement ou de contourner les règles de la concurrence, mais de soutenir la réalisation des missions d'intérêt général qu'elles leur ont confiées.

139. La jurisprudence administrative a entraîné une indéniable « banalisation »⁹⁴ du régime d'attribution des aides aux sociétés d'économie mixte locales. Mais une banalisation inversée, car le juge administratif n'a pas privatisé, mais au contraire accru la soumission des relations financières à une réglementation de droit public. L'application stricte du régime des aides publiques locales a cependant fragilisé l'actionnariat public. Pour limiter les effets de cette jurisprudence, des assouplissements législatifs au régime de droit public ont été apportés dans les relations financières.

II. LES ASSOUPPLISSEMENTS LÉGISLATIFS A LA NOTION D'AIDE AUX SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

140. Même s'il ne saurait être question d'assimiler les collectivités territoriales à des actionnaires de sociétés commerciales au sens du droit des sociétés, il est nécessaire d'adapter leur régime à l'exercice de cette fonction. D'une façon générale, ces assouplissements se traduisent par la création d'un régime original d'encadrement des relations financières permettant aux collectivités de soutenir financièrement leurs sociétés d'économie mixte locales⁹⁵. L'ambivalence des relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés est assumée, les actionnaires majoritaires pouvant aussi bien agir en qualité d'actionnaire que d'autorité publique. Elles peuvent allouer des avances en compte courant d'associés inspirées du droit des sociétés (A) ou des aides conventionnées inspirées du droit des aides publiques locales (B).

92. DEVÈS (C) - Règles régissant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM - Note sous CE 13 septembre 1995, *Département des Alpes-Maritimes* et CE 6 novembre 1995, *Commune de Villenave-d'Ornon*, *AJDA*, 1996, p. 223 et s. L'analyse de la jurisprudence constante du Conseil d'État semble pourtant lui avoir donné raison, dans la mesure où les aides apportées par les collectivités ont systématiquement été disqualifiées par les juridictions administratives pour non-conformité à la réglementation sur les aides publiques locales.

93. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

94. CHÉROT (J-Y) - *op. cit.* - p. 15.

95. Le juge administratif reprend ces dispositions et rappelle que les collectivités territoriales actionnaires peuvent « accorder à ces sociétés d'économie mixte locales des concours financiers dans les conditions prévues par les articles L. 1522-4 à L. 1523-7 du code général des collectivités territoriales » (CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du bassin de Thau*, *op. cit.*).

A. LES AVANCES EN COMPTE COURANT D'ASSOCIÉS INSPIRÉES DU DROIT DES SOCIÉTÉS

141. Pour répondre aux attentes des acteurs de l'économie mixte et clarifier les relations des collectivités avec les sociétés d'économie mixte locales, le législateur a introduit lors de la réforme du 2 janvier 2002, le mécanisme de l'avance – ou apport⁹⁶ – en compte courant d'associés⁹⁷. Technique reconnue en droit des sociétés, l'avance en compte courant d'associés permet aux actionnaires de financer la société sans recourir aux services d'un établissement financier. Les actionnaires deviennent créanciers de la société pour lui permettre de faire face à un besoin ponctuel (et temporaire) de financement. Ils n'augmentent pas leur participation au capital, mais accordent des prêts pouvant prendre la forme de versements directs de fonds ou de renoncements aux dividendes⁹⁸. La transposition de cette technique du droit des sociétés dans les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales a été présentée comme la « disposition phare » de la loi de 2002⁹⁹. Le législateur, dressant le constat que « la jurisprudence, et surtout l'interprétation qui en a été faite, a dénié à la collectivité locale sa qualité d'actionnaire d'une société anonyme pour ne retenir que celle de collectivité publique », souhaitait mettre un terme à ce qu'il considérait comme un déséquilibre des rapports entre actionnaires majoritaires et minoritaires¹⁰⁰. Pour ce faire, la loi tire toutes les conséquences de la nature de société commerciale des sociétés d'économie mixte locales et renforce les pouvoirs des collectivités actionnaires.

142. Le résultat du travail législatif reste cependant modeste et ne permet pas de considérer que les collectivités territoriales sont devenues des actionnaires au sens du droit des sociétés. Si le mécanisme de l'article L. 1522-4 du code permet

96. Malgré l'emploi du terme *apport*, il ne s'agit pas d'opérations sur le capital. Les auteurs du manuel de *Droit des sociétés* précisent, à cet égard, que l'emploi de ce terme est « fallacieux », mais usité (COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 241).

97. Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales (*JORF* 3 janvier 2002, p. 121), codifiée à l'article L. 1522-4 du code général des collectivités territoriales. Sur la réforme de 2002, cf. notamment CLAISSE (Y), MOREAU (P) - Les sociétés d'économie mixte locales et la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, clarification, correction ou régression ? - *JCP CTI*, juin 2002, chron. 8 ; CLAISSE (Y), MOREAU (P) - La modernisation des sociétés d'économie mixte locales - *JCP E*, 2002, AR 34, p. 293 et s. ; DELACOUR (É) - Économie mixte : une réforme du cadre juridique des SEM locales. Analyse de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 - *JCP E*, mai 2002, comm. 850, n° 6 ; DEVÈS (C) - La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2002, p. 139 et s. ; SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 923 et s.

98. Sur la technique du compte courant d'associés en droit des sociétés, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 241-250 ; MARTIN (F) - *op. cit.* ; VINCKEL (F) - Comptes courants d'associés - *J. Cl. Sociétés*, fasc. 36-20. Dans la mesure où les actionnaires ne modifient pas leur participation au capital, la Cour de cassation a toujours considéré que le financement en compte courant d'associés n'est pas soumis au régime des apports établi par le droit des sociétés, mais à celui d'un contrat de prêt de droit commun. Pour autant, cette modalité de financement peut être, par la suite, transformée en apport en capital. Il s'agit alors d'une transformation de la forme de l'aide en opération sur le capital.

99. CLAISSE (Y), MOREAU (P) - La modernisation des sociétés d'économie mixte locales - *op. cit.*, p. 294.

100. DARNE (J) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3137, p. 26.

effectivement aux collectivités d'apporter des financements en cours de vie sociale, sans avoir à respecter les dispositions du droit des aides publiques locales, l'encadrement législatif de ces apports fait douter de son assimilation à la technique du droit des sociétés. L'avance en compte courant d'associés est caractérisée, en droit des sociétés, par sa souplesse d'utilisation. Elle n'est soumise à aucun formalisme particulier et est, en général, réalisée sans écrits. Elle se traduit par un simple virement bancaire, suivi d'une opération comptable créditant le compte de l'entreprise. Son remboursement est également très libre¹⁰¹. Le législateur de 2002 a tenu compte des spécificités de l'actionnariat public. S'il est compréhensible qu'un investisseur privé prenne des risques financiers avec ses fonds propres, il est moins admissible que les collectivités territoriales fassent la même chose avec l'argent public, en particulier pour des risques liés à l'actionnariat de sociétés commerciales. L'article L. 1522-4 du code encadre strictement le régime des avances en compte courant d'associés¹⁰². En premier lieu, elles ne peuvent être accordées que dans le cadre d'une convention conclue entre la collectivité actionnaire et la société, qui doit comporter un certain nombre de mentions, à peine de nullité¹⁰³. En deuxième lieu, elles ne peuvent être consenties que pour une durée inférieure à deux ans, éventuellement renouvelable une fois. Au terme de ce délai elles doivent être remboursées ou être intégrées au capital¹⁰⁴. En troisième lieu, la loi fixe des limites temporelles et matérielles à la pratique des avances¹⁰⁵. Enfin, l'article L. 1522-4 du code précise dans quelles conditions les collectivités territoriales doivent se prononcer sur l'octroi de l'avance¹⁰⁶. Le juge financier est extrêmement sourcilieux quant au respect de ces obligations. Il attire l'attention des collectivités sur toutes les irrégularités de procédure, en

101. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 244.

102. L'encadrement est précisé à l'article L. 1522-5 du code général des collectivités territoriales.

103. Article L. 1522-5, alinéas 1 à 3 : « l'apport en compte courant d'associés visé au premier alinéa de l'article L. 1522-4 est alloué dans le cadre d'une convention expresse entre la collectivité territoriale ou le groupement actionnaire, d'une part, et la société d'économie mixte locale, d'autre part, qui prévoit, à peine de nullité : 1° La nature, l'objet et la durée de l'apport ; 2° Le montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de transformation en augmentation de capital dudit apport ».

104. Article L. 1522-5, alinéa 4 : « l'apport en compte courant d'associés ne peut être consenti par les collectivités territoriales et leurs groupements actionnaires pour une durée supérieure à deux ans, éventuellement renouvelable une fois. Au terme de cette période, l'apport est remboursé ou transformé en augmentation de capital. Aucune nouvelle avance ne peut être accordée par une même collectivité ou un même groupement avant que la précédente n'ait été remboursée ou incorporée au capital. Une avance ne peut avoir pour objet de rembourser une autre avance ».

105. Article L. 1522-5, alinéa 5 à 7 : « toutefois, la transformation de l'apport en augmentation de capital ne peut avoir pour effet de porter la participation de la collectivité ou du groupement au capital social de la société au-delà du plafond résultant des dispositions de l'article L. 1522-2. La collectivité territoriale ou le groupement ne peut consentir l'avance à la société d'économie mixte locale si la totalité des avances déjà consenties par la collectivité ou le groupement à des sociétés d'économie mixte excède, avec cette nouvelle avance, 5 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité ou du groupement. Aucune avance ne peut être accordée par les collectivités ou leurs groupements si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société d'économie mixte sont devenus inférieurs à la moitié du capital social ».

106. Article L. 1522-5, alinéa 8 à 10 : « les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur l'octroi, le renouvellement ou la transformation en capital d'un apport en compte courant d'associés au vu des documents suivants : 1° Un rapport d'un représentant de la collectivité territoriale ou du groupement au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la société d'économie mixte locale ; 2° Une délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société d'économie mixte locale exposant les motifs d'un tel apport et justifiant son montant, sa durée ainsi que les conditions de son remboursement, de son éventuelle rémunération ou de sa transformation en augmentation de capital ».

particulier celles relatives à l'absence de formulation d'une demande de financement émanant de la société. Il s'agit pourtant d'une obligation légale¹⁰⁷, souvent reprise par les statuts de la société¹⁰⁸. L'absence de demande de financement est symptomatique des relations entre les collectivités territoriales et les sociétés : les actionnaires publics ont tendance à considérer que la forte domination qu'elles exercent sur la société dont elles sont actionnaires rend inutile la demande formulée par ladite société. Tout se passe comme si cette dernière n'était qu'une émanation de la collectivité dont la personnalisation ne revêt qu'un caractère purement formel. Dans cette optique, les collectivités seraient mieux à même que les sociétés pour décider de leurs besoins éventuels de financements. Le juge financier se charge alors de rappeler aux collectivités que l'actionnariat majoritaire n'entraîne pas l'abdication de la volonté de la société.

143. Les contrôles ne se limitent pas à des aspects purement procéduraux et le juge financier ne se prive pas de souligner les cas dans lesquels les conditions de l'avance « semblent avoir été respectées dans la forme sinon dans le fond »¹⁰⁹. Il s'assure en particulier de la faisabilité de l'opération, notamment quant au montant du financement et aux conditions de son remboursement¹¹⁰. Les chambres régionales et territoriales des comptes rappellent enfin que le mécanisme de l'article L. 1522-4 du code a vocation à s'appliquer exclusivement aux sociétés d'économie mixte locales¹¹¹ et ne saurait être assimilé à une subvention ou à une aide conventionnée.

144. La loi de 2002 crée un mécanisme original, applicable aux seules relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Elle enserme l'attribution des apports en compte courant dans un carcan juridique qui limite l'élargissement de l'application du droit des sociétés dans les relations financières. La comparaison avec le mécanisme de l'apport en compte courant dont bénéficient les actionnaires des sociétés de droit privé, montre que le système mis en place en 2002 demeure largement dérogatoire au droit des sociétés. Il est donc délicat d'affirmer que la loi permet « de reconnaître les mêmes droits à tous les actionnaires, qu'ils soient publics ou privés »¹¹². La position des collectivités territoriales est d'autant plus spécifique que ces aides, si elles dérogent au droit administratif, ne sauraient échapper, en tant que telles, à une requalification éventuelle en aides d'État¹¹³.

145. Les collectivités territoriales demeurent dans une situation spécifique par rapport aux actionnaires de sociétés commerciales, malgré le rapprochement

107. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 26 novembre 2009, *Commune de Sainte-Maxime*, n° 5.1.2 ; CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 26 novembre 2009, *Société d'économie mixte Sainte-Maxime Animation Commerce Tourisme (SMACT)*, n° 2.2.

108. CRC Lorraine, ROD 25 mai 2005, *Société d'économie mixte Annéville Galaxie*, n° 3.1.2.1.

109. CRC Auvergne, Avis 2 mars 2009, *Société d'économie mixte Scénoparc iO*, n° 2.

110. En ce sens, cf. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 26 novembre 2009, *op. cit.*

111. Elle ne s'applique donc pas aux sociétés sportives, soumises à un régime particulier (CRC Languedoc-Roussillon, ROD 7 décembre 2009, *Commune de Sète*, p. 45). Le juge doit alors rechercher si, malgré son appellation, la société est soumise à ce régime particulier ou à la réglementation sur l'économie mixte locale (en ce sens, cf. CRC Bourgogne, ROD 23 décembre 2004, *Société anonyme d'économie mixte sportive du circuit de Nevers-Magny-Cours (SAEMS)*, n° 4.3 : malgré sa dénomination, la SAEMS relève du régime des articles L. 1521-1 et s. du code général des collectivités territoriales et non du régime spécifique aux sociétés sportives.

112. DARNE (J) - *op. cit.* - p. 16.

113. Cf. *infra*, Section 2.

de leurs prérogatives d'actionnaires avec celles du droit des sociétés. La loi du 2 janvier 2002 a tenté de concilier deux intérêts antagonistes – le soutien financier aux sociétés d'économie mixte locales et la protection des deniers publics – exercés concurremment par les collectivités en tant qu'actionnaires ou comme autorités administratives. Le mécanisme des avances constitue une atténuation à l'application stricte du droit des aides publiques locales. Il s'en écarte par sa nature – les collectivités agissent en tant qu'actionnaires – mais s'en rapproche quant à son régime, extrêmement encadré, pour éviter que les actionnaires majoritaires ne se servent de ce mécanisme pour contourner le droit des aides.

146. L'objectif de mettre fin aux disparités entre les collectivités territoriales actionnaires et les actionnaires de droit commun n'est donc pas atteint. Il l'est d'autant moins que le code général des collectivités territoriales contient d'autres mécanismes inspirés cette fois-ci du droit des aides publiques locales, permettant aux collectivités territoriales d'apporter des fonds aux sociétés d'économie mixte locales.

B. LES AIDES CONVENTIONNÉES INSPIRÉES DU DROIT DES AIDES PUBLIQUES LOCALES

147. Dans leurs relations financières avec les sociétés d'économie mixte locales, les collectivités actionnaires recourent fréquemment au mécanisme des aides conventionnées¹¹⁴. Celles-ci ne sont pas spécifiques aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, les collectivités territoriales pouvant apporter des subventions ou de telles aides à des sociétés dont elles ne sont pas actionnaires. Elles agissent alors comme autorités publiques et la validité de ces opérations est subordonnée au respect du droit des aides publiques locales. Cependant, leur régime juridique a été adapté par le code général des collectivités territoriales aux relations institutionnelles. Les collectivités pouvant difficilement apporter des financements aux sociétés en tant qu'actionnaires, elles recourent à des techniques inspirées du droit administratif. Celles-ci sont devenues un vecteur privilégié de financement des sociétés car elles présentent une plus grande souplesse que les autres modalités de financement. Le déséquilibre entre actionnaires publics et actionnaires privés est ainsi renforcé, ces derniers ne

114. La distinction entre les subventions et les aides apportées dans le cadre d'opérations conventionnées est parfois délicate à déterminer, surtout lorsque le financement est attribué selon des modalités définies par contrat. Reprenant la méthode du faisceau d'indices, le juge administratif cherche à faire le lien entre l'objet du contrat et les modalités de son financement : si le versement de l'aide est lié à l'exécution d'une prestation, l'aide intervient dans le cadre d'une opération conventionnée et ne peut être qualifiée de subvention. Par exemple, le contrat portant sur la réalisation d'un festival dont le contenu était défini librement mais dont la finalité était de faire « (re)découvrir le département » a été qualifié de marché public (ECKERT (G) - Distinction entre marchés publics et conventions de subventions - Note sous TA Melun, 17 août 2006, *Préfet de Seine-et-Marne - Contrats Marchés publ.*, janv. 2007, comm. 3). À l'inverse, le contrat ayant pour objet le versement d'une subvention à une association exerçant une activité indépendante des collectivités territoriales et qui préexistait au versement de l'aide s'est vu refuser la qualification de contrat de délégation de service public (DIEU (F) - La distinction délicate entre subvention et délégation de service public - Note sous TA Nice, 24 février 2006, *Knecht c/ Commune de Nice - AJDA*, 2006, p. 1615 et s.). Sur la distinction entre aide et subvention, *cf.*, notamment, EPON (Q) - Les contrats de subvention - *RD*, 2010, p. 63 et s. ; MARKUS (J-P) - La relation juridique d'aide à aidé : acte unilatéral ou contrat ? - *CP-ACCP*, sept. 2008, p. 32 et s.

pouvant s'abstraire du droit des sociétés pour financer les activités des sociétés d'économie mixte locales.

148. Les sociétés d'économie mixte locales peuvent bénéficier des financements apportés dans le cadre de marchés publics ou de délégations de service public. En marge de la réglementation applicable à toutes les entreprises¹¹⁵, le code général des collectivités territoriales autorise le financement des sociétés d'économie mixte locales chargées d'opérations d'aménagement ou de logement social (1), ainsi que de celles intervenant dans le domaine du développement économique du territoire (2).

1. Les aides aux sociétés chargées d'opérations d'aménagement ou de logement social

149. Lorsqu'elles sont chargées d'opérations d'aménagement ou de construction et de gestion de logements sociaux, les sociétés d'économie mixte locales peuvent bénéficier d'aides spécifiques, contrairement aux sociétés publiques locales¹¹⁶. En premier lieu, la loi du 2 janvier 2002 a instauré des dispositions spécifiques dans le domaine de l'aménagement. L'article L. 1523-2 du code réglementant le recours par les collectivités territoriales à la technique de la concession d'aménagement¹¹⁷ impose qu'une convention organise, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles une personne publique contractante peut consentir des avances justifiées par un besoin de trésorerie temporaire de l'opération¹¹⁸. Avant l'adoption de la loi, de telles aides étaient possibles dans le cadre de conventions de prestation de services. Cependant, la réforme générale de l'aménagement a été l'occasion pour le législateur de préciser que seules les opérations d'aménagement étaient visées par ce texte, mettant fin à une incertitude quant à son régime¹¹⁹.

150. Les conventions permettant l'attribution d'aides dans le cadre d'opérations d'aménagement ou de construction et de gestion de logements sociaux sont distinctes de celles attribuant les opérations proprement dites aux sociétés car ce sont des conventions financières¹²⁰. Outre les situations dans lesquelles il

115. Sur la réglementation des aides publiques locales, *cf.*, notamment, CHÉROT (J-Y) - *op. cit.* - n° 636-675 ; COLSON (J-P), IDOUX (P) - *op. cit.*, n° 680-705 ; NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 524-545.

116. Cette extension a en effet été rejetée par le Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, car « les collectivités territoriales disposent déjà d'outils leur permettant de conduire les politiques locales de l'habitat notamment en matière de production de logements locatifs sociaux » (Rép. min. à QE, n° 14536, *JO Sénat*, 11 août 2011, p. 2114). Ce faisant, le ministre souligne d'autant l'intérêt de la société d'économie mixte locale par rapport à la société publique locale.

117. La loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement (*JORF*, 21 juillet 2005, p. 11833) a réformé le droit de l'aménagement et a transformé les conventions publiques d'aménagement en concessions d'aménagement (*cf. infra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, et, à titre illustratif, BIZET (J-F) - Pour une défense de la concession d'aménagement - *BJCP*, 2008, p. 74 et s. ; FATÔME (E), RICHER (L) - Questions sur les nouvelles concessions d'aménagement - *AJDA*, 2006, p. 926 et s.).

118. Cette convention doit être approuvée par l'organe délibérant de la personne publique, et préciser le montant, la durée, l'échéancier du remboursement ainsi que les modalités du remboursement éventuel des subventions.

119. La procédure est irrégulière lorsqu'elle est utilisée en dehors des concessions d'aménagement (à titre illustratif, *cf.* CAA Bordeaux, 17 mars 1997, *Département de l'Hérault*, Rec. tables 925, *JCP E*, mars 1998, p. 462 et s., note Guibal ; CRC Rhône-Alpes, ROD 18 juin 1998, *Société d'économie mixte pour l'aménagement du Forez (SEMAFOR)*, p. 10).

120. SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *op. cit.*, p. 929.

n'y a pas de convention¹²¹, le juge financier peut notamment relever l'irrégularité d'une convention ne prévoyant pas d'échéancier de remboursement précis mais seulement à une date butoir¹²², ou encore l'absence de rapports annuels relatifs à l'utilisation des fonds¹²³. Il souligne l'incompatibilité d'une aide allouée pour une durée déterminée (un an), mais dont la reconduction est prononcée chaque année par simple approbation du conseil municipal, de sorte que l'avance est obtenue par une forme de tacite reconduction¹²⁴.

151. En second lieu, deux dispositifs permettent d'aider les sociétés d'économie mixte locales chargées de la construction et de la gestion de logements sociaux. D'une part, l'article L. 1523-5 du code général des collectivités territoriales, inséré par la loi du 13 décembre 2000¹²⁵, autorise les collectivités territoriales à apporter des avances aux sociétés d'économie mixte locales exerçant une activité de construction et de gestion de logements pour des programmes dont les financements sont assortis de *maxima* de loyers ou de ressources des occupants, déterminés par l'autorité administrative. Ce dispositif prévoit également que les collectivités territoriales peuvent réaliser des apports de terrains ou de constructions. La loi en fixe les conditions de l'attribution¹²⁶, ainsi que les montants maximaux¹²⁷. Lorsque l'opération porte sur l'apport de terrains à une société d'aménagement, le juge financier valide un aménagement du principe de l'incensibilité à vil prix des biens du domaine privé dans des conditions différentes de celles dégagées par la jurisprudence administrative¹²⁸. L'évaluation du bien peut légalement différer de l'estimation du service des Domaines dès lors que le rabais a fait l'objet d'une convention conclue entre la collectivité et la société¹²⁹. Par contre, il invite fortement les sociétés à restituer aux collectivités territoriales les bénéfices éventuels pouvant être réalisés lors de la revente des terrains aménagés : l'article L. 1523-5 crée un mécanisme d'aide et non une libéralité au profit des collectivités territoriales¹³⁰.

121. CRC Île-de-France, ROD 21 janvier 2005, *Commune de La Courneuve*, 12.

122. Par exemple, CRC Lorraine, ROD 1^{er} décembre 2004, *Société d'économie mixte Fare développement*, p. 4 ; CRC Centre, ROD 14 décembre 2006, *Syndicat mixte des Grandes Bruyères*, p. 9.

123. CRC Île-de-France, ROD 4 mai 2009, *Commune de Nanterre*, n° 3.2.

124. CRC Île-de-France, ROD 4 mai 2009, *op. cit.*

125. Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU), *JORF*, 14 décembre 2000, p. 1977.

126. Les assemblées délibérantes des communes ou des départements votent ces subventions au vu d'une étude financière détaillant le coût total de l'investissement immobilier, ainsi que de l'équilibre prévisionnel d'exploitation, accompagnée d'un rapport sur la situation financière de la société.

127. L'aide accordée est au plus égale à la différence entre le coût de l'opération et le total des autres financements qui lui sont affectés.

128. Pour le Conseil d'État, la dérogation au principe n'est possible que pour des motifs d'intérêt général et si l'opération comporte des contreparties suffisantes (CE, 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, Rec. 391, *RFDA*, 1998, conclusions Touvet, *AJDA*, 1997, p. 1010 et s., note Richer ; confirmé par CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer*, *AJDA*, 2010, p. 51 et s., *JCP ACT*, février 2009, comm. 23).

129. CRC Aquitaine, ROD 7 décembre 2009, *Commune de Bègles*, n° 2.3.1.2 ; CRC Aquitaine, ROD 4 février 2010, *Société anonyme d'économie mixte de construction immobilière de Bègles (SAEM-CIB)* : en l'espèce, une commune avait consenti un rabais de près de 77 % du prix de cession d'un terrain par rapport à la valeur estimée par le service des Domaines. En l'absence de convention, la Chambre régionale des comptes d'Aquitaine souligne que la commune « a ainsi méconnu, quand bien même elle pouvait légalement s'écarter de l'estimation du service des Domaines, les règles régissant l'attribution d'aides publiques aux entreprises » (CRC Aquitaine, ROD 7 décembre 2009, *op. cit.*).

130. CRC Aquitaine, ROD 7 décembre 2009, *op. cit.*

152. D'autre part, l'article L. 1523-6 du code autorise le financement des sociétés d'économie mixte locales de construction et de gestion de logements sociaux. Lorsqu'une société est confrontée à des difficultés dues à un déséquilibre grave et durable des programmes immobiliers, les communes et les départements peuvent, seuls ou conjointement, accorder des aides exceptionnelles pour la mise en œuvre de mesures de redressement dans le cadre d'une convention qui fixe la nature, le montant et la durée des apports. Une circulaire du 20 novembre 2002 du ministre de l'Intérieur encadre de façon très stricte les conditions du recours à la notion de « difficultés durables », afin que celles-ci ne puissent pas être invoquées dès que l'entreprise connaît des problèmes financiers passagers ou de faible importance¹³¹. Le juge financier analyse dans le détail les conventions et n'hésite pas à les requalifier d'aides illégales¹³². Un raisonnement semblable peut être tenu pour les aides apportées aux sociétés d'économie mixte locales d'aménagement.

153. Ces financements ne sont qu'un palliatif limité aux difficultés des collectivités territoriales pour allouer des aides en tant qu'actionnaires des sociétés d'économie mixte locales. En particulier, ils ne peuvent porter que sur un domaine limité, lié aux activités d'aménagement ou de logement social. Ces financements contrastent avec le mécanisme plus général d'aide aux sociétés chargées de la promotion économique du territoire.

2. Les aides aux sociétés chargées de la promotion économique du territoire

154. Instauré par la loi du 2 janvier 2002¹³³, l'article L. 1523-7 du code général des collectivités territoriales a créé un nouveau mécanisme de concours financiers des collectivités territoriales aux sociétés d'économie mixte locales « beaucoup plus audacieux » que ceux liés à une opération conventionnée¹³⁴. L'audace de l'article tient au champ du financement ouvert par celui-ci, le code autorisant les collectivités à « accorder aux sociétés d'économie mixte des subventions ou des avances destinées à des programmes d'intérêt général liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises ». Tout d'abord, les notions de « promotion économique du territoire », et de « gestion de services communs aux entreprises » ne sont pas définies. Ensuite, l'aide est subordonnée à la passation d'une convention dont le contenu n'est pas précisé. L'article L. 1523-7 du code ne sanctionne pas l'absence de cette convention d'une nullité de l'aide, comme ce peut être le cas pour les apports en compte courant d'associés¹³⁵. Enfin, il permet l'attribution de subventions ou d'avances, ce qui couvre un champ de financements très large.

155. Lors des débats relatifs à l'adoption de la loi de 2002, les parlementaires se sont montrés conscients « qu'existe un risque que soient contournées, par

131. Est une difficulté durable au sens de la circulaire « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation à partir de critères fondés sur la situation financière ou sur l'exploitation de la société » (Circulaire NOR/LBL/B/02/10028C du 20 novembre 2002 sur le régime juridique des sociétés d'économie locale (SEML), non publiée au *JORF*).

132. Dans cette hypothèse, le juge financier applique strictement la jurisprudence *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence* (en ce sens, cf CRC Île-de-France, ROD 27 août 2004, *Société d'économie mixte des Clayes-sous-Bois (SEMACLA)*, I ; CRC Haute-Normandie, ROD 24 septembre 2004, *Société d'économie mixte de Sotteville-Lès-Rouen (SEMSO)*, p. 4).

133. Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *op. cit.*

134. SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 930.

135. Article L. 1522-5 alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales.

l'autorisation de ce type de subvention, les dispositions régissant l'intervention économique des collectivités locales »¹³⁶ et, par ricochet, celles relatives aux pouvoirs des collectivités actionnaires des sociétés d'économie mixte locales. Ils ont plaidé pour la limitation du champ des sociétés concernées « aux seules sociétés d'économie mixte œuvrant dans le domaine de l'aide logistique aux entreprises par le biais de rapports, d'études économiques, d'actions de prospections aux entreprises et, de façon plus générale, de services communs favorisant l'environnement immédiat des entreprises », sans que celle-ci soit transcrite dans la loi¹³⁷. En l'absence de jurisprudence précisant les notions et l'étendue de ces subventions, son champ d'application demeure nécessairement flou¹³⁸. Pour le juge financier, la participation aux frais de fonctionnement de parcs de stationnement souterrains – surveillance et entretien matériel – ne peut être considérée comme entrant dans le champ de l'article L. 1523-7 du code¹³⁹. Par contre, il relève qu'une aide apportée à une société chargée de la gestion d'un parc de loisirs peut, « sous réserve de l'appréciation souveraine du juge du fond », être validée dès lors qu'il ne s'agit pas d'une contribution globale et forfaitaire à l'activité¹⁴⁰ ou d'un comblement des déficits d'exploitation¹⁴¹. Elles correspondent à des « prestations relevant du secteur des services, à caractère collectif et au bénéfice direct des entreprises »¹⁴² et peuvent couvrir deux types d'activités à titre principal : « des activités de promotion générale en faveur du développement économique des territoires » ou « des activités d'organisation et de gestion de services communs en faveur des entreprises »¹⁴³. Cette approche pointilliste ne pallie cependant pas les incertitudes de la rédaction du code.

156. Devant le risque de dérives engendrées par la rédaction de la loi, le ministre de l'Intérieur a précisé le contenu de l'article L. 1523-7 du code général des collectivités territoriales. La circulaire du 20 novembre 2002 limite les possibilités de financement « à des prestations relevant du secteur des services, à caractère collectif (ne visant pas en particulier une entreprise ou un groupe d'entreprises) et au bénéfice direct des entreprises »¹⁴⁴ et ajoute que le montant des aides « doit être proportionné aux missions d'intérêt général exercées par les

136. DARNE (J) - *op. cit.*, p. 19.

137. *Ibid.*, p. 20.

138. DEVÈS (C) - La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2002, p. 144.

139. CRC Haute-Normandie, ROD 24 septembre 2004, *Société d'économie mixte de Sotteville-Lès-Rouen (SEMSO)*, p. 4.

140. CRC Midi-Pyrénées, ROD 24 janvier 2003, *Société d'économie mixte Cité des insectes*, p. 28.

141. CRC Auvergne, ROD 18 octobre 2007, *Société anonyme d'économie mixte locale de Royat-Chamalières Tourisme*, p. 17.

142. CRC Lorraine, ROD 30 décembre 2009, *Communauté d'Agglomération de Metz Métropole (CA2M)*.

143. Au titre des premières activités, la chambre donne comme illustration « la réalisation de rapports, d'études économiques et financières, d'expertise sur des dossiers particuliers d'implantation, prospection d'entreprises, actions de promotion touristique ». Au titre de la seconde, « la mise en place d'actions collectives telles que, notamment, l'organisation de salons professionnels, de foires, de réunions techniques d'information ; mise à disposition des entreprises d'informations juridiques et financières » (CRC Auvergne, ROD 18 octobre 2007, *op. cit.* ; CRC Lorraine, ROD 30 décembre 2009, *op. cit.*).

144. Circulaire NOR/BLB/B02/10028C du 20 novembre 2002 sur le régime juridique des sociétés d'économie mixte locales (SEML), p. 10. La circulaire donne une liste non exhaustive d'activités pouvant donner droit à subventions ou avances : les activités de promotion générale en faveur du

sociétés d'économie mixte locales »¹⁴⁵. De plus, la convention « précise notamment le montant des subventions ou avances, les activités de la société d'économie mixte locale motivant l'aide de la collectivité locale, le plan de financement de l'action soutenue par la collectivité et les sanctions en cas d'utilisation des fonds non conforme à leur destination finale »¹⁴⁶. Ces dispositions encadrent plus strictement l'octroi des aides au développement économique des collectivités territoriales que ne le fait la loi, mais leur portée est difficile à évaluer. En l'absence de recours contre la validité de la circulaire, il n'est pas aisé de déterminer si elle peut être assimilée à un acte faisant grief ou si sa portée n'a qu'un caractère purement informatif¹⁴⁷. Il semble néanmoins que le ministre ait cherché à préciser l'état du droit en édictant des règles nouvelles quant à l'utilisation de la notion de promotion économique du territoire. Sous cette réserve d'interprétation, la portée de la circulaire apparaît assez générale et peut être opposée aux collectivités territoriales lorsqu'elles souhaitent apporter des aides aux sociétés dans les conditions de l'article L. 1523-7 du code général des collectivités territoriales.

157. Dans leurs relations financières avec les sociétés d'économie mixte locales, les collectivités territoriales restent soumises à un régime largement dérogatoire au droit des sociétés. Le législateur a tenté de remédier aux incertitudes pesant sur les relations financières. En particulier, les lois du 7 juillet 1983 et du 2 janvier 2002¹⁴⁸ ont rapproché les collectivités territoriales d'actionnaires en adaptant le régime des aides publiques à l'économie mixte locale. Les sociétés étant constituées sous la forme de sociétés commerciales, les collectivités territoriales doivent pouvoir exercer les prérogatives de l'actionnaire dans des conditions proches du droit des sociétés. Les collectivités territoriales ne sont pas pour autant des actionnaires de droit commun et leurs participations financières restent fortement encadrées par une réglementation souvent originale, inspirée d'une part par le droit des aides publiques locales et d'autre part par le droit des sociétés. La conciliation entre ces différentes règles, délicate au regard du droit des aides publiques, s'avère également limitée au regard du droit européen qui impose le respect de la réglementation sur les aides d'Etat dans les relations financières.

développement économique des territoires, telles la réalisation de rapports ou d'études économiques et financières ; l'organisation et la gestion de services communs en faveur des entreprises telles que l'organisation de salons professionnels, de foires, de réunions techniques d'information ; etc.

145. *Ibid.*

146. *Ibid.*, p. 11.

147. Les circulaires ne sont en principe pas considérées comme des actes faisant grief, susceptibles d'être opposées à des tiers de l'administration. Elles ne tendent qu'à expliquer d'autres dispositions à caractère législatif ou réglementaire. Toutefois, le juge administratif a admis que certaines d'entre elles peuvent en réalité dissimuler des actes prescriptifs. Elles deviennent alors opposables aux tiers, qui peuvent en contester la validité devant le juge, comme pour tout acte réglementaire. Dans un premier temps, le juge administratif a distingué les circulaires interprétatives des circulaires réglementaires, les secondes ne se bornant pas à interpréter les textes en vigueur mais fixant des règles nouvelles. Le recours pour excès de pouvoir n'était ainsi recevable que contre les secondes (CE Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. 64, RDP, 1955, p. 175 et s., note Waline). Les critères de recevabilité du contrôle des circulaires ont par la suite évolué. La recevabilité du recours (et donc, implicitement, son caractère d'acte faisant grief) est désormais soumise à la preuve de ce que la circulaire présente un caractère impératif à caractère général, même si la circulaire n'ajoute rien à l'état du droit (CE Sect., 18 décembre 2002, *Duvignères*, Rec. 463, RFDA, 2003, p. 280 et s., conclusions Fombeur).

148. DEVÈS (C) - *op. cit.*

SECTION 2

LA CONCILIATION LIMITÉE DE L'ACTIONNARIAT DES COLLECTIVITÉS AVEC LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT

158. L'existence d'un régime spécifique encadrant les relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales n'exclut pas, *ipso facto*, que celles-ci soient soumises à la réglementation de l'Union européenne sur les aides d'État¹⁴⁹. Son application reflète la difficulté qu'ont les instances européennes à appréhender les sociétés d'économie mixte locales. Elles semblent hésiter quant à la reconnaissance d'une véritable autonomie des sociétés dans leurs relations avec leurs actionnaires publics. Les sociétés sont, d'une part, bénéficiaires d'aides publiques dans leurs relations avec les collectivités territoriales car elles sont assimilées à des entreprises. Mais elles deviennent, d'autre part, distributrices d'aides publiques dans leurs relations avec des tiers car elles sont considérées comme des opérateurs publics, institutionnellement liés aux personnes publiques. L'ambivalence des relations entraîne la soumission des relations des collectivités avec les sociétés d'économie mixte locales au droit des aides d'État (§ 1) et justifie l'extension de la réglementation européenne aux relations des sociétés avec des tiers (§ 2).

§ 1. LA SOUMISSION DES RELATIONS DES COLLECTIVITÉS AVEC LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES AU DROIT DES AIDES D'ÉTAT

159. Le droit européen interdit, « dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »¹⁵⁰. D'interprétation extensive, la réglementation européenne a vocation à régir les relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, qu'il s'agisse des prises de participation dans le capital des sociétés ou des financements plus ponctuels de celles-ci. Pour apprécier la validité des financements, le juge de l'Union européenne vérifie que l'opération correspond au comportement qu'aurait effectué un investisseur avisé en économie de marché. L'interprétation extensive de la notion d'aide d'État dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales (I) conditionne les financements des sociétés au respect du critère de l'investisseur avisé en économie de marché (II).

149. Sur la notion d'aide d'État, cf. CHÉROT (J-Y) - *Les aides d'État dans les communautés européennes* - Paris, Economica, 1998, 379 p. ; CHÉROT (J-Y) - *Droit public économique* - *op. cit.*, n° 109-154. ; COLSON (J-P), IDOUX (P), *op. cit.* - n° 598-615 ; NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 461-510.

150. Article 107 §1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 87 §1 du Traité instituant la Communauté européenne).

I. L'INTERPRETATION EXTENSIVE DE LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT DANS LES RELATIONS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AVEC LES SOCIÉTÉS D'ECONOMIE MIXTE LOCALES

160. Les collectivités territoriales ne peuvent pas invoquer leur qualité d'actionnaire pour échapper à la qualification de leurs relations financières avec les sociétés d'aides d'État. Le juge de l'Union ne se contente pas d'une erreur manifeste d'appréciation au regard de la dangerosité de l'apport financier pour la collectivité émettrice, mais s'intéresse aux implications du financement public sur la concurrence. Les prises de participations initiales, les modifications de la répartition du capital ou les financements autorisés par le législateur peuvent être qualifiés d'aides d'État dès lors que leur origine, leurs destinataires et leurs effets économiques répondent aux critères du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁵¹. En premier lieu, l'article 107 §1 du Traité vise « les aides accordées par les États, au moyen des ressources d'État, sous quelque forme que ce soit »¹⁵². En deuxième lieu, seules sont concernées les aides destinées à favoriser « certaines entreprises ou productions »¹⁵³. En troisième lieu, il faut que l'aide soit attribuée de manière sélective¹⁵⁴. Seul l'exercice de missions de service public peut justifier l'octroi de compensations qui ne seront pas considérées comme des aides prohibées¹⁵⁵. En dernier lieu, il faut que les aides « faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». La Cour est indifférente quant à l'ampleur ou au caractère local de l'aide¹⁵⁶, et il suffit qu'elle renforce la position de l'entreprise bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires¹⁵⁷. Ces critères sont appréciés

151. Article 107 §1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 87 §1). Pour une analyse détaillée de ces critères, cf. NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 464-502.

152. Pour ne pas créer de distorsion entre les États fédéraux et les États unitaires, la Cour considère que l'ensemble des ressources publiques est d'origine étatique, même si elles ne proviennent pas directement de l'État mais d'une collectivité *infra*-étatique (CJCE, 14 octobre 1987, *RFA c/ Commission*, C-248/84).

153. Est une entreprise « toute entité qui exerce une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement » (CJCE, 27 avril 1991, *Klauss Höfner et Fritz Elser*, C-41/90, Rec. CJCE I-1979). Sur la notion d'entreprise en droit communautaire, cf. ARCELIN (L) - *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire* - Paris, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, volume 61, 2003, 554 p.

154. Cette condition permet de faire échapper à la qualification d'aide d'État certaines mesures de portée générale à caractère économique ou fiscal.

155. CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, Rec. CJCE I-7747. Sur la notion de compensation de service public, cf. CHÉROT (J-Y) - *Droit public économique* - *op. cit.*, n° 125-126 et 180-183 ; NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 482-487 ; MET-DOMESTICI (A) - Aides d'État, service public et droit communautaire. Éléments de clarification sur la validité des compensations de service public - *AJDA*, 2006, p. 1881 et s. Sur l'application de la jurisprudence communautaire aux collectivités territoriales, cf. les circulaires NOR/INT/B/08/00133 du 4 juillet 2008 et NOR/INT/B/08/00161/C du 30 septembre 2008 relatives à l'application par les collectivités territoriales des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG).

156. CJCE, 21 juillet 2005, *Xunta de Galicia*, C-71/04.

157. À titre illustratif, cf. CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris c/ Commission*, Rec. CJCE 2671 ; TPICE, 30 avril 1998, *Vlaams Gewest c/ Commission*, T-214/95, Rec. CJCE II-717. Ni le faible montant des aides, ni la taille réduite des entreprises bénéficiaires ne sont de nature à exclure *a priori* l'application de la réglementation sur les aides publiques (CJCE, 11 novembre 1987, *Commission c/ France*, C-259/85). Le Tribunal de première instance a eu l'occasion de rappeler que

de façon très large par la Cour de Justice de l'Union européenne, ne permettant pas d'exclure *a priori* les relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales du champ d'application du traité.

161. Le financement d'une société d'économie mixte locale « présente des risques juridiques »¹⁵⁸ au regard du droit de l'Union européenne, quelle que soit sa forme. La qualification de ces financements d'aide d'État dépend le plus souvent de son montant et de l'éventuelle affectation subséquente des échanges en résultant. Lorsqu'elles sont inférieures à un seuil *de minimis*¹⁵⁹, les aides ne sont jamais prohibées. Dans la pratique cependant, ce montant est souvent inférieur à la dotation initiale en capital¹⁶⁰ ou aux besoins de financements ponctuels des sociétés¹⁶¹.

162. Lorsqu'une mesure de financement est qualifiée d'aide d'État, son remboursement est soumis à la condition qu'elle soit incompatible avec les objectifs du Traité. Certaines exemptions sont prévues par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et s'appliquent de plein droit dans les relations institutionnelles¹⁶². Dans les autres cas, les aides consenties par les collectivités territoriales en leur qualité d'actionnaires des sociétés d'économie mixte locales sont soumises aux obligations de notification à la Commission, laquelle est seule compétente pour apprécier leur conformité au Traité. Pour cela, elle utilise le standard de l'investisseur avisé en économie de marché, dont les objectifs sont parfois difficilement conciliables avec la nature des relations financières.

163. Elle ne les dispense pas de l'obligation de notifier les projets d'aides à la Commission avant leur mise en œuvre¹⁶³. La Commission n'ayant pas été saisie

« même une aide d'une importance relativement faible est de nature à affecter les échanges entre États membres lorsque [...] le secteur dans lequel opère l'entreprise qui en bénéficie connaît une vive concurrence » (TPICE, 30 avril 1998, *op. cit.*, pt 50).

158. CRC Centre, ROD 31 octobre 2007, *Société d'économie mixte de gestion de l'aéroport de Tours Val de Loire (SEMAVAL)*, p. 20.

159. Le seuil *de minimis* est fixé par la Commission à 200 000 € par entreprise sur trois exercices fiscaux (règlement 69/2002/CE du 12 janvier 2001, *JOCE*, L 10/30, remplacé par le règlement 1008/2006/CE du 15 décembre 2006, *JOUE*, L. 379). Sur le seuil *de minimis*, cf. COLSON (J-P), IDOUX (P) - *op. cit.* - n° 618 ; KARPENSCHIF (M) - Les aides des collectivités locales aux entreprises : quelques interrogations sur la règle *de minimis* - *JCP AE*, 2006, étude 1307.

160. Dans le silence du code général des collectivités territoriales, les règles du droit des sociétés s'appliquent quant à la détermination du montant du capital social. Une société anonyme doit être dotée d'au moins 37 000 € si elle est constituée sans appel public à l'épargne, de 225 000 € dans le cas contraire (article L. 224-2 du code de commerce). Par exception, le code général des collectivités territoriales augmente le montant du seuil minimal pour certaines sociétés, et prévoit que les sociétés de construction doivent être dotées d'un capital d'au moins 150 000 €, passant à 225 000 € lorsqu'elles exercent uniquement ou en complément des activités d'aménagement (article L. 1522-3 du code). La création d'une société d'économie mixte locale, dès lors qu'elle implique une participation publique d'au moins 200 000 €, ne peut plus bénéficier de l'exception *de minimis* (l'assouplissement du seuil communautaire, passant de 100 000 € en 2001 à 200 000 € en 2006 est cependant favorable aux collectivités territoriales).

161. CRC Poitou-Charentes, ROD 24 avril 2006, *Société du Palais des Congrès du Futuroscope*, p. 13 : en l'espèce, la chambre relève que l'aide était supérieure à 100 000 €, seuil applicable avant l'entrée en vigueur du règlement du 15 décembre 2006 et que, par conséquent, « l'infraction au droit communautaire est acquise en l'absence de notification préalable aux instances européennes compétentes, quelle que soit ensuite l'appréciation portée sur le caractère compatible de l'aide » (*idem*).

162. Article 107 §2 et §3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 87 §2 et §3 du Traité). Cf. COLSON (J-P), IDOUX (P) - *op. cit.* - n° 620-628; NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 514-519.

163. Article 108 §3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 88 §3). L'article L. 1511-1-1 du code général des collectivités territoriales précise que l'obligation de notification pèse sur l'État, mais que l'obligation d'obtenir le remboursement d'une aide déclarée contraire

de la loi du 7 juillet 1983¹⁶⁴ – ni de celle du 2 janvier 2002 – elle n’a pu infirmer ou confirmer la compatibilité des mécanismes créés avec le régime européen¹⁶⁵. L’appréciation du caractère d’aide d’État de la mesure dépend donc d’une analyse spécifique de chaque mesure, en fonction de son objet et de son impact¹⁶⁶, et peut conduire à la condamnation de la collectivité pour manquement au droit communautaire. Le financement devra alors être remboursé¹⁶⁷, entraînant éventuellement la dissolution de la société si la qualification d’aide d’État portait sur le principe même de la participation publique. Cette attention est d’autant plus grande que l’encadrement concerne l’ensemble des relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d’économie mixte locales.

II. LES FINANCEMENTS DES SOCIÉTÉS D’ÉCONOMIE MIXTE LOCALES CONDITIONNÉS AU CRITÈRE DE L’INVESTISSEUR AVISÉ EN ÉCONOMIE DE MARCHÉ

164. La qualification d’aide d’État n’implique pas nécessairement sa prohibition et son remboursement car « l’octroi d’aides, et spécialement la prise de participation de la part de l’État ou de collectivités publiques, ne saurait être considéré comme étant automatiquement contraire aux règles du traité »¹⁶⁸. Cette qualification permet aux instances européennes d’encadrer les conditions dans lesquelles des aides sont accordées par des personnes publiques à des opérateurs économiques. Elles s’assurent par ce biais que les financements ne créent pas d’atteintes à la concurrence et au fonctionnement correct du marché. À ce titre, elles recourent au standard de l’investisseur privé en économie de marché pour apprécier des effets anticoncurrentiels potentiels des aides publiques¹⁶⁹. Les instances européennes adoptent une position restrictive, induisant « la fixation d’un comportement type que tout propriétaire, privé ou public, doit suivre »¹⁷⁰.

au droit communautaire repose sur les collectivités territoriales émettrices. En cas d’absence de notification, l’aide est considérée comme ayant été attribuée illégalement, ce qui n’implique pas nécessairement son remboursement, car elle peut être considérée comme compatible avec les objectifs du Traité. Sur l’obligation de notification des aides des collectivités territoriales, cf. CHÉROT (J-Y) - *op. cit.* - n° 648. Sur la distinction entre aides illégales et aides incompatibles, cf. CHÉROT (J-Y) - *op. cit.*, n° 150.

164. DEVÈS (C) - Droit communautaire et entreprises publiques locales - *L’Union européenne et les collectivités territoriales. Mutations actuelles*, Paris, Economica, 1997, p. 91.

165. En conséquence, les relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d’économie mixte locales ne font pas partie de la liste des opérations autorisées par la Commission, dressée par la circulaire du Premier ministre du 26 janvier 2003 (*JORF*, 31 janvier 2006, p. 1602). PELTIER (M) - *op. cit.* - n° 398.

166. MARCOU (G) - Interventionnisme économique local et droit communautaire - *L’Union européenne et les collectivités territoriales. Mutations actuelles*, Paris, Economica, 1997, p. 171.

167. COSSALTER (P), FERRARI (S) - La récupération des aides d’État - *CP-ACCP*, sept. 2008, p. 73 et s.

168. CJCE, 14 novembre 1984, *SA Intermills c/ Commission*, *op. cit.*, pt. 31.

169. Sur la notion d’investisseur (ou d’actionnaire) privé, normal ou avisé en économie de marché, cf. CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* - n° 216-221 ; CHÉROT (J-Y) - *Droit public économique* - *op. cit.*, n° 119-124, et en particulier, n° 122 ; PELTIER (M) - *op. cit.* - n° 392-421 ; VANNEAUX (M-A) - *op. cit.*, p. 459-467. Sur la notion de standard, cf. RIALS (S) - *Le juge administratif et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l’idée de normalité)* - Paris, LGDJ, 1980, 564 p. ; sur son utilisation par le droit de l’Union européenne, cf. BERNARD (E) - *La spécificité du standard juridique en droit communautaire* - Bruxelles, Bruylant, 2010, 646 p.

170. VANNEAUX (M-A) - *op. cit.* - p. 459.

L'ensemble des relations financières avec les sociétés d'économie mixte locales sont ainsi soumises à la réglementation sur les aides d'État, qu'il s'agisse des prises de participation lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale¹⁷¹, ou de financements plus ponctuels de l'activité¹⁷².

165. Lors du contrôle de la Société Bretagne Angleterre Irlande (Société BAI), la Commission européenne a examiné la compatibilité des aides apportées par plusieurs collectivités territoriales à diverses sociétés d'économie mixte locales ainsi qu'à la Société BAI¹⁷³. Société de droit privé assurant des liaisons entre la France et la Grande-Bretagne, la Société BAI s'est retrouvée dans une situation financière difficile, la conduisant à envisager une réduction de ses activités par la suppression de plusieurs lignes de ferries. Pour éviter les conséquences néfastes d'une telle diminution de l'activité économique, plusieurs collectivités territoriales ont créé trois sociétés d'économie mixte locales chargées de racheter des navires à la Société BAI et de travailler en collaboration avec elle¹⁷⁴. Malgré leur indépendance statutaire, la Commission a considéré que les sociétés d'économie mixte locales faisaient partie intégrante du groupe Brittany Ferries, « dans lequel elles assurent la fonction d'investissement, la BAI et ses filiales constituant, ensemble, la structure d'exploitation et de commercialisation du groupe »¹⁷⁵. Dès lors, la Commission a cherché à savoir si « l'élément d'aide qui peut résulter des opérations menées par BAI suite au financement (public) des navires *via* les SEM » était compatible au regard du Traité¹⁷⁶. Pour que l'aide apportée à la Société BAI par le financement public du rachat des bateaux soit compatible, la Commission a considéré l'opération « à la lumière du principe de l'investisseur en économie de marché »¹⁷⁷.

171. Selon la Cour, « l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit, peut constituer une aide étatique lorsque les conditions visées à l'article 92 du traité (article 107) sont remplies » (CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, C-305/89). Faisant application de cette jurisprudence, le juge financier relève l'impossibilité pour les collectivités territoriales de procéder à une opération de recapitalisation d'une société d'économie mixte locale alors que la société n'a pas de projet industriel et que l'apport d'argent n'est pas suffisant pour mettre fin aux déficits structurels de la société (CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope*, p. 16-17).

172. L'appréciation de la Cour est très générale, puisque « la notion d'aide peut recouvrir non seulement des prestations positives, telles que des subventions, des prêts ou des prises de participations au capital d'entreprises, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques » (CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne c/ Commission*, C-156/98, point 25).

173. Commission Union européenne, 8 mai 2001, concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de la Société Bretagne Angleterre Irlande (Société BAI ou Brittany Ferries), 2002/15/CE, *JOCE*, 15 janvier 2002, L12/33.

174. Il ne s'agissait pas en l'espèce de concurrencer l'activité économique de la Société BAI, mais plutôt de créer des partenaires à la société (la Sabemen, la Senamanche et la Sanacal), chargés de lui permettre de continuer à utiliser les navires.

175. La Commission relève en effet que « les relations juridiques et financières liant BAI aux SEM donnent à ces dernières la possibilité d'exercer une influence déterminante sur BAI sur la base de circonstances de droit et de fait ». Dans le montage, « les SEM ont le pouvoir de déterminer les décisions stratégiques de BAI, puisqu'elles décident de l'acquisition et de la vente des navires exploités par BAI (composition de la flotte), des conditions d'exploitation de ces navires et des conditions générales de trafic que BAI doit assurer ainsi que des augmentations de capital nécessaires pour sécuriser ces conditions » (Commission Union européenne, 8 mai 2001, *op. cit.*, n° 27-28).

176. *Idem*, n° 196.

177. *Ibid.*

166. La Commission européenne a validé les prises de participation dans le capital des sociétés d'économie mixte locales et a déclaré les autres aides à la restructuration du groupe Brittany Ferries, incompatibles avec le Traité. La première recapitalisation a été menée concurremment par les actionnaires publics et privés et elle a été suivie d'investissements ayant augmenté la valeur du groupe BAI. L'opération ayant été réalisée dans les conditions du marché, la Commission considère qu'il n'y a pas d'aide d'État¹⁷⁸. La référence à une situation financière dégradée n'est pas un élément déterminant dès lors qu'il demeure plausible que l'entreprise puisse faire face à ses difficultés grâce à un apport en capital – retrouver un certain équilibre, si ce n'est une rentabilité économique – et que cet apport aurait pu être réalisé par d'autres investisseurs privés intervenant sur le marché.

167. La seconde opération de recapitalisation est qualifiée d'aide d'État car elle a été effectuée par les seuls actionnaires publics, le « désengagement des actionnaires privés étant imputable aux mauvaises perspectives de rentabilité »¹⁷⁹. L'aide est cependant déclarée compatible, car elle est assimilée à une aide à la restructuration d'une entreprise en difficulté et qu'elle est proportionnelle aux besoins de l'entreprise¹⁸⁰. La validité de l'aide est davantage subordonnée à la qualité d'autorité publique de la collectivité qu'à celle d'actionnaire.

168. Les autres aides, apportées sous forme de garanties, sont contraires à l'article 107 du Traité car elles ont été allouées avant que l'entreprise ne soit en difficulté et suivant un taux de rémunération inférieur à celui du marché¹⁸¹. Ce dernier argument peut faire fortement douter de la compatibilité du mécanisme des avances en comptes courants d'associés avec le droit de l'Union européenne. Selon le code général des collectivités territoriales, les avances en comptes courants d'associés sont régies par une convention conclue entre l'actionnaire public et la société, qui prévoit leur montant, les conditions de remboursement et « éventuellement de rémunération ou de transformation en augmentation de capital dudit apport »¹⁸². Au regard de la position de la Commission et de la jurisprudence, cette disposition législative ne met pas les collectivités à l'abri d'une requalification des avances en aides d'État¹⁸³. Constitutive d'un avantage taxable, l'avance non rémunérée ne correspond pas nécessairement au comportement d'un investisseur privé opérant dans une économie de marché. Comme le souligne M. Karpenschif, le régime des avances en comptes courants peut être rapproché de celui des garanties qui, lorsqu'elles ne sont pas rémunérées, sont assimilées à des aides d'État¹⁸⁴.

169. Il est paradoxal que la reconnaissance de la qualité d'entreprise aux sociétés d'économie mixte locales soit un frein à l'assimilation des collectivités

178. *Idem*, n° 197-204.

179. *Idem*, n° 214.

180. *Idem*, n° 213-217 et 286-290.

181. *Idem*, n° 206.

182. Article L. 1522-5 2° du code général des collectivités territoriales.

183. KARPENSCHIF (M) - *op. cit.* - p. 58.

184. *Idem*. Selon la Commission, la garantie non rémunérée offre deux aides à son bénéficiaire, car celui-ci peut « obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers », tandis que le mécanisme « fait supporter à la personne publique le risque associé à la garantie sans être rémunérée par une prime appropriée » (Commission des Communautés européennes, 11 mars 2000, *Communication 2000/C71/07 sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties*, JOUE, C 71, 11 mars 2000, p. 14 et s.).

territoriales à de véritables actionnaires. La logique de l'investisseur privé en économie de marché diffère de celle de l'actionnariat d'entreprise, en ce qu'elle pré-suppose un investissement financier à l'investissement. La Commission s'appuie sur des critères tels que les perspectives d'un retour à la rentabilité de l'entreprise aidée, le comportement des autres actionnaires et en particulier des actionnaires privés, la capacité de l'entreprise à mobiliser les capitaux nécessaires à obtenir des prêts. Elle refuse l'idée selon laquelle les entreprises du secteur public sont motivées par des exigences étrangères aux entreprises du secteur privé et qu'elles sont soumises à des obligations d'intérêt général¹⁸⁵. Lorsqu'elles créent des sociétés, les collectivités ne cherchent pas à atteindre une rentabilité économique. Lorsque la création d'une société d'économie mixte locale est motivée par une insuffisance de l'initiative privée (ou d'un autre motif d'intérêt général), l'assimilation de l'actionnariat public au comportement d'un investisseur avisé est d'autant plus délicate que la création de la société vise à pallier l'absence ou l'insuffisance d'investisseurs privés¹⁸⁶.

170. Le droit des aides d'État se focalise sur les effets de l'aide lorsque celle-ci a une origine publique. La possibilité pour les collectivités territoriales d'exercer leurs pouvoirs d'actionnaires en apportant des financements aux sociétés d'économie mixte locales cède devant la nécessité de protéger le fonctionnement concurrentiel du marché. Cette finalité a paradoxalement entraîné l'extension du champ d'application du droit des aides d'État aux relations des sociétés d'économie mixte locales avec des tiers.

§ 2. L'EXTENSION DU DROIT DES AIDES D'ÉTAT AUX RELATIONS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES AVEC DES TIERS

171. Les instances européennes ont adopté une interprétation extensive des critères d'application de la réglementation sur les aides pour assurer l'effet utile des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁸⁷. Cette interprétation conduit parfois à assimiler les sociétés d'économie mixte locales à des opérateurs publics soumis à la réglementation sur les aides d'État dans leurs relations avec des tiers, dès lors qu'elles ne se comportent pas comme des entreprises mais comme des opérateurs publics. Il faut alors démontrer que l'aide n'est pas imputable à la société, mais aux collectivités territoriales actionnaires, *via* celle-ci.

172. Le critère de l'imputabilité de l'aide à l'État¹⁸⁸ ne se déduit pas de la simple détention publique du capital de la société car « même si l'État est en

185. VAN HEES (B), WOUTERS (J) - Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'État - *RMUE*, 1992, 2, p. 35.

186. Sur les conditions de création des sociétés d'économie mixte locales, *cf. infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

187. La définition de l'article 107 du Traité (ex-article 87) « englobe l'ensemble des aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'aide est accordée directement par l'État ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide » (CJCE, 22 mars 1977, *Steineke et Weinlig c/ RFA*, *op. cit.*, pt. 21. *Cf.* également CJCE, 11 novembre 1987, *Commission c/ France*, C-259/85, Rec. CJCE 4393 ; CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission*, C-482/99, Rec. CJCE I-4397, conclusions Jacobs).

188. Selon l'article 107 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 87 §2), les aides doivent être « accordées par les États ou au moyen de ressources d'État ».

mesure de contrôler une entreprise publique et d'exercer une influence dominante sur les opérations de celle-ci, l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas concret ne saurait être automatiquement présumé »¹⁸⁹. Il faut, en d'autres termes, que l'organisme joue le rôle d'intermédiaire¹⁹⁰. Seules les circonstances de l'espèce permettent d'apprécier le critère de l'imputabilité de l'aide aux personnes publiques, bien que la participation publique soit un indice déterminant. Dans une affaire concernant la Société Scott SA, la Commission¹⁹¹, précédant les juridictions de l'Union¹⁹², a reconnu l'imputabilité aux personnes publiques d'une aide accordée par une société d'économie mixte locale à un tiers de droit privé. En 1987, le Département du Loiret, la Ville d'Orléans et la société Scott SA avaient conclu un accord portant sur la vente à cette dernière d'un terrain aménagé dans une zone industrielle, après que les collectivités territoriales aient réalisé une partie substantielle des travaux d'aménagement de la zone. Afin de mettre en œuvre leurs engagements, les personnes publiques ont créé la Société d'économie mixte pour l'équipement du Loiret (la Sempel), à laquelle ils ont vendu le terrain à aménager pour un franc symbolique, à charge pour la société d'en revendre une partie à Scott SA à un prix prédéterminé. Dès 1996, la Cour des comptes a souligné les faiblesses juridiques du montage. La vente du terrain pour un prix inférieur à sa valeur peut être assimilée à une aide et sa revente après aménagement à des entreprises privées, pour un prix inférieur à leur valeur, a été effectuée en violation des obligations communautaires¹⁹³. Pour autant, le rôle d'intermédiaire de la Sempel dans le montage contractuel n'est pas mentionné, et la Cour conclut que « l'entreprise [Scott SA] a bénéficié de la cession au franc symbolique d'un terrain de 48 hectares, d'un apport du département et de la ville de 80 millions de francs et de divers avantages fiscaux »¹⁹⁴. Dans son raisonnement, elle ne retient pas le rôle de la société d'économie mixte locale, comme si celle-ci était transparente.

173. À la suite de la publication du rapport de la Cour des comptes, la Commission a été saisie d'une plainte d'un concurrent. Après avoir constaté que

189. CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission*, *op. cit.*, pt. 52.

190. COLSON (J-P), IDOUX (P) - *op. cit.* - n° 602-604.

191. Commission, 12 juillet 2000, *décision concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de Scott Paper SA/Kimberly-Clark*, 2002/14/CE, JOCE, 15 janvier 2002, L12/1. En marge de la procédure de contestation de la nature d'aide, la Cour a condamné l'État pour manquement dans ses obligations de récupération d'une aide déclarée incompatible par la Commission (CJCE, 5 octobre 2006, *Commission c/ France*, C-232/05, Rec. CJCE I-10071, conclusions Ruiz-Jarabo Colomer).

192. TPICE, 29 mars 2007, *Scott SA c/ Commission*, T-366/00, Rec. CJCE II-797, C-276/03 P, Rec. CJCE I-8437, conclusions Jacobs et CJUE, 2 septembre 2010, *Commission c/ Scott SA*, C-290/07 P, conclusions Mengozzi ; TPICE, 29 mars 2007, *Département du Loiret c/ Commission*, T-369/00, Rec. CJCE II-1789 et CJCE, 11 décembre 2008, *Commission des Communautés européennes c/ Département du Loiret*, C-295/07 P, conclusions Mengozzi. Cf. BAZEX (M), BLAZY (S) - De la difficulté d'évaluer les avantages octroyés aux entreprises - Note sous TPICE, 29 mars 2007, *Scott SA c/ Commission - Dr. adm.*, juin 2007, comm. 84 ; BAZEX (M), ROLIN (F), SUBRA DE BIEUSSES (P) - Le juge communautaire donne toute son ampleur au principe de bonne administration qui pèse sur la Commission dans le cadre de l'article 88 du traité CE - Note sous TPICE, 29 mars 2007, *Scott SA c/ Commission* et TPICE, 29 mars 2007, *Département du Loiret c/ Commission - CCC*, août 2007, chronique 3.

193. Selon la Cour des comptes, « les protocoles passés avec les entreprises stipulent que l'aide est relative au terrain et à son aménagement ; mais celle-ci est [...] très supérieure au coût du terrain et à son aménagement et elle est utilisée pour financer en toute irrégularité une partie substantielle de la construction des bâtiments » (Cour des comptes - *Les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises* - Rapport public particulier - Paris, Éditions du Journal officiel, 1996, p. 46).

194. *Idem*, p. 90.

« c'est la Sempel qui a vendu le terrain [...] à un prix préférentiel »¹⁹⁵, elle relève que le prix était imputable aux collectivités territoriales car, selon la convention, « ce sont les collectivités, par l'intermédiaire de la Sempel, qui ont réalisé les aménagements du terrain »¹⁹⁶. La Commission ne s'est pas intéressée à la question de savoir si la cession de terrains pour un prix inférieur à leur valeur à la société d'économie mixte locale constituait une aide prohibée. Pourtant, la question méritait une attention, car la convention la liant aux collectivités territoriales prévoyait que seule une partie du terrain, cédé pour aménagement, devait revenir à Scott SA. Le reste devait être vendu par la société à d'autres investisseurs, pour un prix supérieur à celui octroyé à Scott SA¹⁹⁷. La Commission ayant demandé à la personne publique d'obtenir le remboursement de l'aide, le Département du Loiret et Scott SA ont saisi le juge de l'Union européenne.

174. Le Tribunal de première instance a partiellement annulé la décision de la Commission en ce qu'elle a fait une application erronée des critères lors du calcul du montant de l'aide¹⁹⁸. Pour autant, il n'a pas remis en cause le caractère d'aide publique de la cession du terrain réalisée par la Sempel, société de droit privé. Cette position illustre la méfiance des instances de l'Union à l'égard des sociétés d'économie mixte locales, utilisées par les collectivités territoriales comme des sociétés-écrans, pouvant distribuer des aides aux entreprises en contournant les règles du Traité.

175. L'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des opérateurs publics dans leurs relations avec des tiers se comprend au regard des fondements du droit européen. Le juge se focalise sur les effets de l'aide, et est largement indifférent quant aux modalités de sa mise en œuvre pratique. Il qualifie fréquemment les aides octroyées par des entreprises publiques d'aides d'État, en prenant en considération des liens capitalistiques entre l'État et l'entreprise qui permettent d'imputer le financement à la personne publique¹⁹⁹. Transposé aux sociétés d'économie mixte locales, ce raisonnement se comprend mais ne satisfait pas pleinement.

176. L'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des opérateurs publics dans leurs relations avec des tiers traduit les difficultés d'appréhension du rôle des collectivités territoriales actionnaires. Pour la Commission, l'imputabilité de l'aide aux personnes publiques résulte, dans l'affaire Scott SA, de ce que la société est dans une situation de mandataire des collectivités territoriales. Elle relève que « la conduite de la Sempel doit être considérée comme dictée par les collectivités en vertu d'une influence déterminante qu'elle exercerait à son égard »²⁰⁰. La position de la Commission n'est pas démentie par le Tribunal

195. Décision de la Commission du 12 juillet 2000, *op. cit.*, pt. 128.

196. *Idem*, pt. 130.

197. C'est d'ailleurs cette différence de traitement qui a incité des investisseurs concurrents de Scott SA à saisir la Commission pour atteinte à la concurrence.

198. TPICE, 29 mars 2007, *Scott SA c/ Commission*, *op. cit.*, pt. 158-159 ; TPICE, 29 mars 2007, *Département du Loiret c/ Commission*, *op. cit.*, pt. 54 ; BAZEX (M), ROLIN (F), SUBRA DE BIEUSSES (P) - *op. cit.* La longueur de la procédure, 2001-2007, s'explique par le fait que le Tribunal a eu, dans un premier temps, à s'interroger sur des questions de procédure liées à la prescription de l'action de la Commission (TPICE, 10 avril 2003, *Scott SA c/ Commission*, T-366/00, Rec. CJCE II-1763, confirmée par CJCE, 6 octobre 2005, *Scott c/ Commission*, C-276/03 P, Rec. CJCE I-8437, conclusions Jacobs).

199. Cf., notamment, CJCE, 2 février 1988, *Van der Kooy*, C-67/85, Rec. CJCE I-219 ; CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission*, C-482/99, *op. cit.*

200. Décision de la Commission du 12 juillet 2000, *op. cit.*, pt. 133.

de première instance. L'avocat général, puis la Cour de Justice de l'Union européenne ne mentionnent même pas l'existence de la société, analysant directement les relations entre les collectivités territoriales et Scott SA²⁰¹.

177. L'analyse de l'Union privilégie une vision fonctionnelle de l'économie mixte locale. Délaissant le critère unique de l'autonomie tirée de la personnalité morale de la société, la Commission s'attache à démontrer que celle-ci est, dans les faits, fortement contrôlée par des personnes publiques et exerce ses missions uniquement à leur profit²⁰². Cette position contraste avec l'analyse habituellement retenue des relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Pour refuser les exceptions aux obligations de mise en concurrence des contrats conclus entre les sociétés et leurs actionnaires publics, la Cour de Justice de l'Union européenne se fonde sur une approche personnaliste de l'économie mixte locale. Dès lors que le capital des sociétés est composé, même pour une infime part, de participations privées, la Cour refuse d'assimiler leurs relations avec les collectivités à des prestations intégrées pouvant déroger aux obligations de mise en concurrence²⁰³.

178. Dans les relations financières des sociétés d'économie mixte locales avec des tiers, la Commission considère que l'aide est en réalité apportée par les collectivités territoriales, et non par une personne privée autonome. Elle fait comme si la société était transparente ou n'avait du moins pas d'autonomie réelle par rapport à ses actionnaires publics. Cette position, non remise en cause par le Tribunal de première instance, a été confirmée incidemment par la Cour de Justice de l'Union européenne dans un autre volet de l'affaire Scott SA, la cour affirmant que les « Ville d'Orléans et département [du Loiret] ont concédé à Bouton Brochard Scott certains avantages »²⁰⁴. La convention entre les collectivités territoriales et la Sempel disparaît dans l'exposé des faits puis dans la motivation de l'arrêt, l'aide étant directement rattachée aux personnes publiques, sans tenir compte du rôle de la société d'économie mixte locale²⁰⁵.

179. Les sociétés d'économie mixte locales sont des opérateurs publics dans leurs relations avec des tiers en raison de l'influence prépondérante de leurs actionnaires publics, mais demeurent des entreprises dans leurs relations financières avec les collectivités territoriales actionnaires. L'application du droit des aides d'État est généralisée, ce qui ne signifie pas qu'elles ne puissent jamais bénéficier de financements par leurs actionnaires publics. Mais les collectivités

201. CJUE, 2 septembre 2010, *Commission c/ Scott SA*, C-290/07 P, conclusions Mengozzi.

202. Selon la convention liant les collectivités territoriales et Scott SA, « [les] collectivités par l'intermédiaire d'une société spécialisée, la Sempel (Société d'économie mixte pour l'équipement du Loiret, dont les collectivités sont actionnaires majoritaires), réaliseront les aménagements nécessaires » (article 2).

203. Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

204. CJCE, 6 octobre 2005, *Scott SA c/ Commission*, C-276/03 P, Rec. CJCE I-8437, pt. 6. La Cour précise la nature de l'aide : « d'une part, ces collectivités lui ont vendu, à des conditions préférentielles, un terrain de 48 hectares dans ladite zone industrielle » et, « d'autre part, elles se sont engagées à calculer la redevance d'assainissement selon un taux également préférentiel ».

205. Cette interprétation de la Cour est proche de l'analyse que fait le juge administratif des associations para-administratives. Selon P. Trouilly, « lorsqu'il y a contrôle total, la personne privée doit être considérée comme transparente ». Dans cette hypothèse, seules les personnes publiques seront réputées avoir agi (Quand une commune doit assumer la responsabilité d'un contrat passé par une association transparente - Conclusions sur CAA Paris, 20 avril 2005, *Commune de Boulogne-Billancourt* - *AJDA*, 2005, p. 1731).

doivent adapter leurs relations financières aux conditions européennes strictes dans leurs relations financières avec les sociétés d'économie mixte locales.

180. De l'ambivalence des relations se dégage clairement la difficulté à concilier la fonction d'actionnaire des collectivités avec celle d'autorité publique. Elle entraîne une opposition entre la législation interne sur les aides publiques locales et la réglementation européenne. Le législateur essaie de rapprocher les collectivités territoriales d'actionnaires au sens du droit des sociétés, disposant de prérogatives de plus en plus étendues pour apporter des financements aux sociétés par contournement ou adaptation du régime des aides publiques locales. Les instances de l'Union n'ont pas pour autant modifié leur perception de l'économie mixte locale. Elles demeurent méfiantes envers un procédé pouvant permettre aux collectivités de contourner la réglementation sur les aides d'État, et considèrent que l'exercice de la fonction d'actionnaire s'efface devant leur nature d'autorité publique. Loin d'accorder une liberté totale aux collectivités, le régime des relations financières codifié aux articles L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales doit donc être « mobilisé avec attention »²⁰⁶ : il n'autorise pas un financement illimité des sociétés en droit interne et ne permet pas aux collectivités territoriales actionnaires de s'affranchir de la réglementation sur les aides d'État.

206. KARPENSCHIF (M) - SEM et aides publiques : vers une normalisation des relations ? - in Les SEM en mutation, *CP-ACCP*, oct. 2006, p. 57.

CONCLUSION DU TITRE 1

181. Les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont marquées par les efforts d'intégration des collectivités territoriales au sein des sociétés d'économie mixte locales. L'actionnariat public majoritaire n'est pas incompatible avec l'application du droit des sociétés aux sociétés d'économie mixte locales. Celles-ci sont créées dans les conditions du droit des sociétés, tous les actionnaires devant respecter le formalisme du code de commerce. Elles prennent la forme de sociétés de droit commun et demeurent par principe régies par les règles du droit des sociétés. Leur personnalité morale de droit privé et leur organisation interne ne sauraient être remises en cause du simple fait de l'actionnariat public majoritaire.

182. Recherchée avec insistance par le législateur dès 1983 et renforcée par la loi du 2 janvier 2002, l'intégration des collectivités territoriales à la structure sociétaire n'est cependant pas complète. Les spécificités de l'actionnariat public se révèlent lorsque les collectivités cherchent à mettre en œuvre leurs prérogatives d'actionnaires. Ainsi, les relations financières sont marquées par l'extrême hétérogénéité des règles de droit applicables, incluant les réglementations européenne et interne sur les aides publiques aussi bien que des règles inspirées du droit des sociétés. La spécificité de l'actionnariat public majoritaire est également perceptible au travers de l'adaptation des règles de la représentation des actionnaires. Créées par les collectivités territoriales à des fins d'intérêt général, celles-ci en sont des administrateurs de plein droit. L'ambivalence est assumée dans les relations institutionnelles car l'intégration inachevée des collectivités territoriales à la structure sociétaire est liée à la domination des actionnaires publics dans les relations institutionnelles.

Titre 2

LA DOMINATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SUR LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

183. Même si elles sont les actionnaires des sociétés d'économie mixte locales, les collectivités territoriales ne se départissent pas totalement de leurs attributs de puissance publique et exercent une nette domination sur les sociétés, dans des conditions souvent éloignées du droit des sociétés. Les sociétés apparaissent davantage comme des démembrements fonctionnels des collectivités territoriales que comme des structures autonomes. Les collectivités en prennent le contrôle et en dirigent l'activité, dans leur intérêt premier. Leur importance dans l'économie mixte locale est hypertrophiée et entraîne un déséquilibre au sein de la société beaucoup plus important que celui pouvant exister au sein d'une société commerciale de droit commun. Les actionnaires minoritaires n'ont souvent qu'un rôle de représentation, leur présence s'apparentant à une simple exigence légale. Ce sont les collectivités territoriales qui déterminent l'activité des sociétés d'économie mixte locales (Chapitre 1), en maîtrisent l'organisation (Chapitre 2) et bénéficient des contrôles renforcés sur les sociétés (Chapitre 3).

Chapitre 1

LA DÉTERMINATION DE L'OBJET SOCIAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

184. Le déséquilibre du partenariat institutionnalisé entre le secteur public et le secteur privé au sein des sociétés d'économie mixte locales apparaît dès la création des sociétés d'économie mixte locales. La détermination de l'objet social dépend étroitement des collectivités territoriales actionnaires, les sociétés d'économie mixte locales devant être créées dans leurs domaines de compétence et pour réaliser des missions liées à la satisfaction de l'intérêt général²⁰⁷. La prépondérance des actionnaires majoritaires éloigne nettement les sociétés d'économie mixte locales du schéma classique de la société commerciale. À l'inverse de la logique de la société, l'économie mixte locale n'est pas sous-tendue, à titre principal, par l'idée d'une collaboration entre des associés dans un intérêt commun. La formulation de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales est sans ambiguïté, et s'oppose directement à celle de l'article 1832 du code civil relative aux sociétés. Ce dernier souligne que la société est « instituée par deux ou plusieurs personnes », qui conviennent de s'associer en vue « d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou les économies qui en résultent ». Elle suppose nécessairement la rencontre de deux volontés convergentes. La société est la structure qui résulte et qui supporte cette rencontre. Sa création doit bénéficier à l'ensemble de ses membres. De nombreux auteurs ont souligné à quel point cette présentation de la société peut parfois paraître idéaliste, surtout dans le cas de sociétés commerciales²⁰⁸. La société reste pourtant « une technique d'organisation d'un partenariat »²⁰⁹. S'éloignant de cette logique, les sociétés d'économie mixte locales sont créées à l'initiative des collectivités territoriales, dans leurs domaines de compétences et

207. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

208. La commune intention des parties est matérialisée par la notion incertaine d'*affectio societatis*, qui traduit « un lien psychologique entre associés qui désigne un élément constitutif de la société dont les composantes sont l'absence de subordination entre associés, la volonté de collaboration à la conduite des affaires sociales [...] et l'acceptation d'aléas commune » (CORNU (G) (dir.) - *Vocabulaire juridique* - Paris, PUF, 8^e éd., 2007, entrée sous « *affectio societatis* ». Ayant perdu de sa force, certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'une pure fiction (FARJAT (G) - Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts - *RTD civ.*, 2002, n° 2, p. 241), ou que, à tout le moins une expression qui « ne veut sans doute pas dire grand chose, d'où l'emploi d'une expression latine » (DIDIER (P), DIDIER (P) - *Droit commercial. Tome 1 : Introduction générale, l'entreprise commerciale* - Paris, Economica, 2005, p. 54).

209. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *Droit des sociétés* - Paris, Litec, 21^e éd., 2008, n° 20.

pour la satisfaction d'opérations poursuivant nécessairement des finalités d'intérêt général²¹⁰. Elles ne sont pas instituées, à titre principal, pour partager des bénéfices ou faire réaliser des économies par les associés.

185. La liaison entre leur objet social et le domaine d'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements est induite par leurs relations institutionnelles. La société d'économie mixte locale est le miroir des collectivités territoriales actionnaires. L'image qui s'y reflète est une projection aussi fidèle que possible de l'étendue des compétences locales. Il arrive pourtant que l'image projetée déforme légèrement l'original. L'objet social reflète nécessairement les compétences des collectivités territoriales actionnaires (Section 1), même si cette réflexion est parfois imparfaite (Section 2).



SECTION 1

L'OBJET SOCIAL, REFLET NÉCESSAIRE DES COMPÉTENCES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

186. L'objet social des sociétés d'économie mixte locales correspond à des activités relevant des domaines de compétences des collectivités territoriales actionnaires. Cette proximité est paradoxale car la lecture institutionnelle de la société, prônée par la législation commerciale, favorise son autonomisation par rapport à ses actionnaires. Les collectivités territoriales conservent sur les sociétés d'économie mixte locales une emprise d'une nature différente de celle autorisée par le droit des sociétés. L'influence de l'actionnariat public s'exerce aussi bien lors de la création des sociétés (§ 1) qu'en cas d'évolution de leurs activités (§ 2).

§ 1. L'INFLUENCE DE L'ACTIONNARIAT PUBLIC LORS DE LA CRÉATION DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

187. L'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales est ambigu. Selon une formulation qui paraît redondante, il précise que les collectivités territoriales « peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales [...] pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général »²¹¹. La liaison entre compétence et objet social devrait suffire pour délimiter le champ d'intervention des sociétés d'économie mixte locales, les collectivités

210. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

211. La redondance entre les différents types d'objets sociaux, correspondant tous à l'idée de satisfaction d'un besoin d'intérêt général, est une résurgence de la conception limitée du recours aux sociétés d'économie mixte locales prévalant avant la réforme de 1983. En particulier, la référence aux « opérations d'aménagement ou de construction » trouve un écho lointain dans l'entre-deux-guerres, l'autorisation de la participation publique dans des sociétés commerciales dès 1919 ayant pour finalité première la reconstruction (Sur l'aspect historique du développement de l'économie mixte locale, cf. *supra*, Introduction).

étant, par nature, tenues d'exercer des missions présentant un caractère d'intérêt général. Pourtant le code liste les missions que peuvent exercer les sociétés d'économie mixte locales. D'apparence étroite – la liste fait référence à des activités d'aménagement, de construction, à des services publics industriels et commerciaux – elle se révèle assez large, par la référence à l'intérêt général.

188. La redondance dans la formulation de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales n'est qu'apparente. Elle a été utilisée par le juge administratif pour faire la distinction entre les activités relevant d'une compétence d'attribution des collectivités territoriales actionnaires (I) et celles qui peuvent leur être attribuées dans le cadre de la clause générale de compétence (II).

I. LA DÉLIMITATION DE L'OBJET SOCIAL DANS LE CADRE D'UNE COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

189. La participation publique ne doit pas être l'occasion pour les collectivités territoriales d'empiéter sur le domaine de compétence d'autres personnes publiques. Elles ne peuvent prendre des participations dans le capital de sociétés d'économie mixte locales intervenant dans des domaines réservés à l'État ou transférés à des établissements publics, que sous la réserve de certaines participations conjointes avec les établissements publics de coopération intercommunale²¹². Le juge est particulièrement vigilant lorsque la création d'une société d'économie mixte locale repose sur une compétence attribuée légalement à une catégorie de collectivités territoriales²¹³. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi reconnu sur ce fondement l'illégalité des actes constitutifs d'une société d'économie mixte locale dont l'objet ne se limitait pas à des activités de production, de transport et de distribution d'électricité telles qu'elles pouvaient être exercées par les personnes publiques en application de l'article L. 2224-36 du code général des collectivités territoriales. Les collectivités territoriales actionnaires, bien que compétentes pour exercer des missions relatives à la production, au transport et à la distribution, ne pouvaient utiliser la société d'économie mixte locale pour développer de nouvelles compétences non reconnues par le code²¹⁴.

212. Cf. *infra*, Section 2, § 1.

213. Par exemple, une commune ne peut pas créer de société d'économie mixte locale chargée de la promotion de la coopération intercommunale, car « une telle activité de promotion, dont la SEML serait l'instrument privilégié, ne repose sur le fondement d'aucune compétence strictement communale ». Tout au plus peut-elle autoriser la société à participer à la réalisation de cette activité (CRC Rhône-Alpes, ROD 11 avril 2005, *Société d'économie mixte Vercors Restauration*, p. 7). Une commune ne peut pas non plus créer de société chargée de la gestion de parcs de stationnement dès lors que, selon l'article L. 5215-20-1 du code général des collectivités territoriales, les communautés urbaines qui existaient à la date de promulgation de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 exercent à titre obligatoire, au lieu et place des communes membres, cette compétence (CRC Aquitaine, ROD 4 mai 2009, *Société d'économie mixte des Grands Garages et Parkings de Bordeaux (SGGPB)*, p. 6).

214. Le juge administratif a annulé la délibération autorisant la constitution d'une société en considérant que « si les dispositions [du code] autorisent [les collectivités territoriales et leurs groupements] à participer à la création d'une société d'économie mixte en vue de réaliser des actions tendant à la maîtrise de la demande d'électricité et destinées aux consommateurs desservis en basse tension, elles n'ont pas pour effet de leur permettre de procéder à une extension de leurs activités en matière de production, de transport et de distribution d'électricité » (CAA Bordeaux, 5 juillet 2005, *Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne*).

Ce n'est pas le caractère d'intérêt général de l'objet social qui est discuté, mais la compétence de l'actionnaire pour exercer cette activité²¹⁵. Le juge lie expressément objet social et compétence des actionnaires, quelle que soit la nature de l'activité exercée. Il en déduit par exemple que « la compétence en matière de service extérieur des pompes funèbres n'appartenant qu'à la commune, seules parmi les collectivités territoriales les communes et leurs groupements peuvent participer à une telle création »²¹⁶. Le juge financier délimite également avec une grande précision l'étendue des compétences attribuées pas le législateur et n'hésite pas à reconnaître qu'une compétence statutaire d'une société « n'est pas établie »²¹⁷.

190. Un raisonnement analogue est mené lorsque la création d'une société d'économie mixte locale entraîne un empiètement d'une collectivité territoriale sur un domaine de compétence légalement transféré à une autre collectivité. La société d'économie mixte locale Internet Débit Moselle (ID Moselle) avait été créée par le Département de la Moselle afin de remédier à une carence en matière d'offre de haut débit sur le territoire départemental²¹⁸. Pour apprécier la légalité de l'objet social de cette société, le juge financier raisonne en deux temps. Il constate, en premier lieu, que la société est bien chargée d'une mission

(*SIEEDV*), Req. 02BX01160). Sur les évolutions des modes de gestion de l'électricité et du gaz depuis 1946, cf., notamment, BOUQUET (G), BUTTERY (E) - Vers la fin du droit de préférence accordé aux concessionnaires de transport et de distribution d'électricité et de gaz - *AJDA*, 2006, p. 964 et s. ; RICHER (L) - Les collectivités locales et l'électricité après la loi du 10 décembre 2000 - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 379 et s.

215. Suite à l'annulation de la délibération portant création de la SEM Énergies Services (SEM SERGIES), le Syndicat intercommunal d'électricité du département de la Vienne (*SIEEDV*) a restreint l'objet social de la société aux activités prévues par la loi du 10 février 2000, soit la promotion de la maîtrise d'énergie et l'aménagement et l'exploitation de moyens de production décentralisés (cf. CRC Aquitaine, ROD 31 mars 2005, *Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne (SIEEDV)*, p. 4).

216. CE Avis, Sect. intérieur, 19 décembre 1995, *Rapport public du Conseil d'État, EDCE*, 1995, p. 428 et s.

217. À titre illustratif, cf. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 11 novembre 2010, *Société d'économie mixte des transports intercommunaux du bassin de la Sambre* : un établissement public de coopération intercommunale avait créé une société d'économie mixte locale et lui avait confié – statutairement – la réalisation des travaux du transport en commun en site propre (TCSP). Or le juge financier relève que, selon la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, le syndicat mixte à l'origine de la création de la société « n'est compétent que pour mener les études relatives à la réalisation d'un TCSP mais reste incompétent pour réaliser les travaux d'infrastructure du site propre » (p. 8). Par conséquent, la société ne pouvait être chargée d'une telle mission.

218. CRC Lorraine, ROD 14 décembre 2005, *Société d'économie mixte Internet Débit Moselle* : la société était chargée de la réalisation d'une boucle locale à haut débit (n° 2.1) : selon ses statuts, l'objet social comprenait la réalisation d'études de la demande et de l'offre de services ou de réseaux de télécommunications à haut débit ainsi que des moyens d'accès à ces services et réseaux ; la réalisation par création ou extension de toute infrastructure passive destinée à supporter des réseaux de télécommunication haut débit. Elle devait également entretenir et exploiter toutes les infrastructures passives de télécommunications à haut débit (L'infrastructure passive consiste en la pose de fourreaux et éventuellement de fibres optiques voire de points d'interconnexion sur le territoire - *GIX* ou *Global Internet Exchange*), en vue de sa mise à disposition au profit d'opérateurs de télécommunications ou utilisateurs, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires et à des tarifs assurant la couverture des coûts correspondants. Enfin, elle pouvait agir en qualité d'assistant à maître d'ouvrage auprès d'acteurs de la sphère publique.

pouvant être confiée à une société d'économie mixte locale, celle-ci « portant à la fois sur les secteurs de l'aménagement, de la construction et de l'exploitation, mais aussi une compétence en matière d'intérêt général, matérialisée par la mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage »²¹⁹. Mais, l'appréciation de la nature de l'activité ne pouvant suffire à conclure à la légalité de la création d'une société d'économie mixte locale, le juge s'attache dans un second temps à vérifier que le secteur des télécommunications relève de la compétence départementale. Elle ne s'oppose pas à la création d'une société dans ce domaine de compétence en vertu de l'habilitation législative expresse²²⁰. L'objet social est déclaré incompatible car la société outrepasserait les compétences légales des collectivités, celles-ci ne pouvant plus « exercer concomitamment la régulation de la délivrance des droits de passage aux opérateurs et les missions dévolues à l'opérateur de télécommunication »²²¹ depuis la réforme de la loi du 21 juin 2004²²². Le juge constate alors que « l'objet social n'est plus en conformité avec les compétences de la collectivité actionnaire »²²³, bien qu'il demeure lié à l'aménagement, la construction, l'exploitation de services publics industriels et commerciaux et, plus généralement, à l'exercice de missions d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du code. La modification des compétences des collectivités territoriales actionnaires n'entraîne pourtant pas l'illicéité de l'objet social au sens du droit des sociétés, mais l'incompétence des collectivités territoriales pour en être les actionnaires. L'objet de la société n'est pas devenu illicite par suite de la réforme de l'étendue des compétences des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications²²⁴.

191. Lorsque les sociétés sont créées dans le cadre de la clause générale de compétence²²⁵, le recours à la notion de compétence est plus délicat à réaliser. Le juge utilise alors la notion d'activité d'intérêt général pour préciser l'étendue des activités pouvant être confiées aux sociétés d'économie mixte locales.

219. CRC Lorraine, ROD 14 décembre 2005, *idem*.

220. Article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales. Sur la compétence des collectivités territoriales en matières de télécommunications, cf. notamment, GROUD (H), PUGEAULT (S) - Les nouvelles conditions d'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications (CGCT, art L. 1425-1) - *Dr. Adm.*, oct. 2004, p. 13 et s. ; TRUCHET (D) - Collectivités territoriales et infrastructures de télécommunications : réflexions autour de l'article L. 1511-6 du CGCT - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 459 et s.

221. CRC Lorraine, ROD 14 décembre 2005, *idem*.

222. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF*, 22 juin 2004, p. 11168.

223. CRC Lorraine, ROD 14 décembre 2005, *idem*.

224. L'article 1833 du code civil interdit la constitution de sociétés dont l'objet social serait illicite, c'est-à-dire contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Pour une présentation des cas d'illicéité de l'objet social d'une société commerciale, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 105.

225. Formellement supprimée par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (*JORF*, 17 décembre 2010, p. 22146), le problème que recouvrait cette notion (à savoir qu'en dehors des cas dans lesquels une compétence est expressément attribuée par la loi à une collectivité, il est nécessaire de déterminer un critère de répartition des compétences entre les différents niveaux de collectivités) n'a pas été résolu par le législateur (en ce sens, cf. AUBY (J-B) - Le casse-tête des compétences locales - *Dr. Adm.*, dec. 2010, repère 11 ; PONTIER (J-M) - Requiem pour une clause générale de compétence ? - *JCP ACT*, janv. 2011, 2015). Le concept disparu n'ayant pas encore été remplacé par un concept nouveau, l'expression *clause générale de compétence* sera maintenue dans la suite des développements.

II. LA DÉLIMITATION DE L'OBJET SOCIAL DANS LE CADRE DE LA CLAUSE GÉNÉRALE DE COMPÉTENCE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

192. La clause générale de compétence est propre aux collectivités territoriales²²⁶ et, à partir de 2015, aux seules communes²²⁷. Son existence rend cependant la détermination de l'objet social des sociétés d'économie mixte locales très délicate car elle « consacre l'initiative possible de la collectivité au-delà d'une liste possible de compétences »²²⁸. Elle ne permet pas de délimiter, *a priori*, l'étendue des domaines dans lesquels les collectivités territoriales peuvent créer des sociétés d'économie mixte locales. C'est la raison pour laquelle le code limite le champ d'activité des sociétés d'économie mixte locales en n'autorisant la création de sociétés d'économie mixte locales que « pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général »²²⁹. Au-delà d'un aspect purement historique²³⁰, la référence aux activités d'aménagement et de

226. Selon l'article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales, « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ». Les articles L. 3211-1 et L. 4221-1 du code adaptent une règle similaire pour les départements et les régions. Les établissements publics de coopération intercommunale ne disposent pas d'une compétence générale et ne peuvent exercer que des compétences expressément transférées par les collectivités territoriales membres, en vertu du principe de spécialité (cf. BRENET (F) - La spécialité - *La compétence*, Paris, Litec, 2008, p. 79 et s.).

227. Suite à l'adoption de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 portant réforme des collectivités territoriales, la clause générale de compétence des départements et régions devrait être supprimée au 1^{er} janvier 2010, remplacée par une compétence d'attribution, dont l'étendue reste à déterminer (sur cet aspect de la réforme des collectivités territoriales, cf., AUBY (J-B) - Le casse-tête des compétences locales - *Dr. Adm.*, déc. 2010, repère 11 ; DONIER (V) - Les clairs-obscurs de la nouvelle répartition des compétences - *AJDA*, 2011, p. 92 et s. ; PONTIER (J-M) - Requiem pour une clause générale de compétence ? - *JCP ACT*, janv. 2011, 2015).

228. PONTIER (J-M) - *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence - *RDP*, 1984, p. 1472. La notion de clause générale de compétence est discutée en doctrine (à titre illustratif, cf. FLEURY (B) - « Libertés, libertés locales chéries » (Autour de la clause générale de compétence) - *JCP ACT*, mai 2010, 2178 ; VERPEAUX (M) - La clause générale de compétence, consécration ou remise en cause ? - *RLCT*, 2009, n° 42, étude 1123. À l'instar de la plupart des concepts juridiques, elle a ses défenseurs (cf. LEMOUZY (L) - Le rapport Caillosse sur la « clause générale de compétence » - *Contrats Marchés publ.*, juil. 2006, étude 1153. ; PONTIER (J-M) - Nouvelles observations sur la clause générale de compétence - *La profondeur du droit local, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 365 et s.) et ses détracteurs (cf. PASTOREL (J-P) - Collectivité territoriale et clause générale de compétence - *RDP*, 2007, n°1, p. 51 et s.). D'autres auteurs préfèrent s'interroger sur l'existence de véritables « compétences propres » au bénéfice des collectivités territoriales (cf. JANICOT (L) - Réflexions sur la notion de compétence propres appliquées aux collectivités territoriales en droit français - *AJDA*, 2004, p. 1574 et s.) ou de « compétences constitutionnelles » (cf. DREYFUS (J-D) - Constitution et compétence normatives économiques des collectivités locales - *LPA*, 2009, n° 16, p. 14 et s.). Il ne s'agit pas, dans le cadre de cette recherche, de discuter la réalité de l'existence d'une telle clause générale de compétences. La référence à cette notion ne vise qu'à étayer l'idée selon laquelle les collectivités territoriales exercent des compétences que le législateur ne leur a pas expressément attribuées.

229. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

230. La référence aux « opérations d'aménagement ou de construction » à l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales fait doublon avec l'idée de missions d'intérêt général, mais trouve un écho lointain dans l'entre-deux-guerres, dans les décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926. Le premier texte autorisait « l'intervention des communes [...] par simple participation financière dans les entreprises [...] ayant pour objet le fonctionnement des services publics, le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale, ou de

construction – principalement de logements – renvoie aux secteurs traditionnels d'action des sociétés²³¹. Plus récente car introduite lors de la réforme du 7 juillet 1983, la référence à l'exercice de « toute autre activité d'intérêt général » est plus incertaine et ne peut être appréhendée abstraitement. L'étendue de l'objet social résulte nécessairement d'une interprétation jurisprudentielle de l'articulation entre intérêt général et clause générale de compétence.

193. La nécessité de justifier l'intervention d'une société d'économie mixte locale par un motif d'intérêt général souligne la proximité institutionnelle de ces dernières avec leurs actionnaires majoritaires. Poursuivant son analogie entre sociétés d'économie mixte locales et personnes publiques, le juge administratif considère également que leur intervention doit être subordonnée au respect de la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire justifiée par un intérêt public local. Les notions d'intérêt général et d'intérêt public local sont largement redondantes, le juge administratif se fondant généralement sur le caractère local d'un intérêt général pour valider l'objet social d'une société d'économie mixte locale. La distinction entre intérêt général et intérêt public local, outre ses aspects sémantiques²³², n'est pas toujours justifiée. Un intérêt public local permet ainsi de constater le caractère d'intérêt général d'une activité. Les deux notions sont alors tellement imbriquées qu'elles ne se distinguent plus nettement²³³. Mais il arrive cependant que leur appréhension soit distincte, le juge constatant qu'une activité, pourtant d'intérêt général, ne peut être exercée par une société d'économie mixte locale faute d'un intérêt public local suffisant. Dans cette hypothèse, la recherche d'un intérêt public local particulier a une fonction précise : elle permet de s'assurer que l'action économique de la société ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. L'appréciation de la nature d'intérêt général des activités des sociétés d'économie mixte locales (A) ne suffit donc pas au juge administratif pour légitimer leurs interventions. Elles doivent également justifier leur intervention par un intérêt public local (B).

réalisation d'améliorations urbaines » (*JORF*, 7 novembre 1926, p. 11894). Par le second texte, les collectivités pouvaient « acquérir des actions ou des obligations dans des sociétés chargées d'exploiter les services communaux » (*JORF*, 31 décembre 1926, p. 13742). Reprise par le décret du 20 mai 1955 prévoyant la création de sociétés « ayant pour objet la mise au point de projets, l'exécution de travaux présentant un caractère d'intérêt public ou l'exploitation de services publics, le ravitaillement ou le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale ainsi que la réalisation d'améliorations urbaines et rurales » (*JORF*, 21 mai 1955, p. 5073), l'énumération des objets sociaux a été simplifiée par la loi du 7 juillet 1983 (*JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099) et n'a pas été modifiée par la loi du 2 janvier 2002 (*JORF*, 28 février 2002, p. 3821). Sur l'aspect historique du développement de l'économie mixte locale, *cf. supra*, Introduction.

231. Plus précisément, 267 entreprises d'aménagement (dont 11 sociétés publiques locales d'aménagement), soit 25 % du total des entreprises publiques locales et 235 sociétés de construction, soit 22 % (recensement au 1^{er} janvier 2010. Source : Fédération nationale des entreprises publiques locales, www.leseps.fr).

232. Pour J.-M. Pontier, « l'intérêt général n'est pas distinct de l'intérêt national. Il est qualifié de national pour le distinguer de l'intérêt public local, qui peut être un intérêt général à l'égard des intérêts privés locaux, mais peut être considéré comme un intérêt particulier par rapport à l'intérêt national » (*in - L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences* - Paris, LGDJ, 1978, p. 161). Sur la notion d'intérêt public local, *cf.* KADA (N) (dir.) - *L'intérêt public local. Regards croisés sur une notion juridique incertaine* - Grenoble, PUG, 2009, 224 p.

233. La distinction entre intérêt général et intérêt public local ne peut dès lors qu'être relativisée : « l'intérêt est local, soit matériellement, soit formellement ; mais il n'y a pas de différence de nature entre les objets d'intérêt local et les objets d'intérêt général » ROUAULT (M-C) - *Compétences des collectivités territoriales et intérêt public local - J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 652, n° 30).

A. LA NATURE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DES ACTIVITÉS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

194. La notion d'intérêt général attachée à la nature des activités des sociétés d'économie mixte locales permet d'étendre leurs domaines d'intervention au-delà des champs traditionnels de l'aménagement, de la construction ou de la gestion de services publics industriels et commerciaux. La notion d'intérêt général attachée à l'objet social est contingente des circonstances locales (1) et conduit le juge administratif à valider l'exercice d'activités administratives par les sociétés d'économie mixte locales (2).

1. *L'intérêt général de l'activité, une notion contingente des circonstances locales*

195. L'articulation entre la compétence des actionnaires publics pour créer des sociétés d'économie mixte locales et l'obligation pour celles-ci d'exercer des missions liées à la satisfaction de l'intérêt général est difficile à appréhender abstraitement car le caractère d'intérêt général d'une activité est contingent des circonstances locales. La référence à l'intérêt général permet de circonscrire la compétence territoriale et matérielle des collectivités territoriales pour créer ou participer au capital de sociétés d'économie mixte locales. En premier lieu, une société d'économie mixte locale ne peut être créée que pour intervenir, à titre principal, sur le territoire de ses actionnaires publics. La participation d'une collectivité à une société exerçant ses missions à titre principal sur le territoire d'une autre collectivité²³⁴ – et à plus forte raison d'un État étranger²³⁵ – est annulée car elle ne présente pas d'intérêt général pour la collectivité actionnaire. Par exemple, si le caractère d'intérêt général est reconnu à l'activité de prospection économique de la Société d'exploitation du centre national de la mer, l'étendue de son exercice – en France et dans le monde – traduit « l'appréhension trop large qui a été faite de cet objet social, contraire à l'esprit et à la lettre de la loi du 7 juillet 1983 »²³⁶. Le juge financier relève l'inadéquation du champ d'intervention de la société avec celui de ses actionnaires majoritaires. La difficulté réside dans l'appréciation de la notion d'activité exercée à titre principal sur le territoire des actionnaires majoritaires et le juge financier se contente parfois de relever qu'une société a un « champ d'intervention particulièrement vaste » s'étendant à la France et à l'étranger²³⁷.

196. En second lieu, le recours à la notion d'intérêt général ne permet pas d'exercer toutes les activités présentant un intérêt pour les collectivités. Dans la décision du 10 octobre 1994, *Commune d'Annéville*, le Conseil d'État considère que l'objet social d'une société d'économie mixte locale consistant en « la production de fleurs, plans et dérivés, ainsi que leur distribution » n'a pas un caractère d'intérêt général²³⁸.

234. CAA Bordeaux, 27 avril 2004, *Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS)*, Req. 00BX00369, *AJDA*, 2004, p. 1669.

235. CRC Haute-Normandie, ROD 12 mars 2009, *Société d'économie mixte locale de coopération transmanche (SEML Transmanche)*.

236. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 27 avril 2005, *Société d'économie mixte d'exploitation du centre national de la mer (NAUSICAA)*, p. 4.

237. CRC Pays de la Loire, ROD 20 août 2010, *Société d'économie mixte Oryon*, n° 1.4 : la société a participé à des missions en Chine, en Allemagne ou aux États-Unis, et a mené un effort tout particulier de prospection au Québec, à travers la présence d'un volontaire international en entreprise.

238. CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle c/ Commune d'Annéville*, *AJDA*, 1995, p. 237 et s., note Bizet et Devès.

La décision n'est pas étonnante puisque la recherche d'un intérêt financier ne revêt pas un caractère d'intérêt général²³⁹. Toutefois, la création de la société était, selon la commune d'Amnéville, justifiée par la reconversion nécessaire du bassin sidérurgique lorrain, activité pourtant d'intérêt général de maintien de l'emploi selon la jurisprudence du Conseil d'État²⁴⁰. Le Conseil n'a pas retenu cette conception de l'objet social, exprimant sa volonté d'encadrer le recours aux sociétés d'économie mixte locales.

197. Les délibérations autorisant la création des sociétés d'économie mixte locales ne sont généralement pas déferées au juge, et la jurisprudence administrative est empreinte d'un fort empirisme. Les juges civils et financiers n'ont pas dépassé cette approche, faisant preuve d'un certain pointillisme juridique. Ils s'attachent à vérifier pour chaque société la nature d'intérêt général de l'activité, sans se référer à un concept clairement déterminé. Ainsi, la création d'une société chargée de « la production, la fabrication et la mise en œuvre de produits et de matériaux pour la construction et l'entretien des routes et chantiers divers pour toute clientèle publique ou privée »²⁴¹ ou dans l'unique objectif d'enrichir la collectivité actionnaire²⁴² ne présente pas un caractère d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales. Il en est de même de la reprise de liaisons maritimes par une société d'économie mixte locale, qui n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général dès lors qu'elle consiste uniquement dans le rachat et la gestion par la société d'un port ne relevant pas, au demeurant, de la compétence territoriale de ses actionnaires²⁴³. Cette analyse n'a pas pour autant empêché l'essor des sociétés dans des domaines aussi variés que le tourisme²⁴⁴, la fourniture d'énergie²⁴⁵

239. Selon la jurisprudence classique du Conseil d'État, l'intérêt général ne se confond pas avec le seul intérêt financier (CE, 11 juin 1926, *Raynaud*, D. 1927, 3, p. 44 et s., concl. Rivet).

240. CE, 10 mai 1985, *Société anonyme Boussac Saint-Frères*, Inédit, *AJDA*, 1985, p. 435 et s., concl. Cazin d'Honinethun : l'action communale peut être justifiée par « un but d'intérêt général en vue de favoriser le maintien de l'activité économique et de l'emploi sur le territoire de la commune ».

241. CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et autres*, Rec. 582, *JCP G*, 1995, II, 22507, note Cluquenois.

242. TA Grenoble, 27 janvier 1988, *Ruphy et autres c/ Commune de La Clusaz*, Req. 32865, *JCP*, 1989, II 21265, note Devès.

243. CRC Haute-Normandie, ROD 12 mars 2009, *Société d'économie mixte locale de coopération transmanche (SEML Transmanche)*, p. 4. Sur la même affaire, cf. également Cour des comptes - Une opération de coopération décentralisée : la relance de la ligne maritime « Dieppe-Newhaven » - *Rapport public annuel 2002* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2002, p. 485-498 ; CRC Haute-Normandie, ROD 24 février 2009, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)* ; Cour des comptes - La gestion par une collectivité publique de la ligne de transport maritime Dieppe-Newhaven - *Rapport public annuel 2009* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2009, p. 363-386 ; et DELION (G), DURUPTY (M) - Des cas originaux d'entreprises publiques locales : les initiatives du département de Seine-Maritime - *RFAP*, n° 100, 2001, p. 757 et s.

244. Par exemple, CRC Île-de-France, ROD 8 mars 2006, *Société nouvelle d'exploitation de la Tour Eiffel* ; CRC Haute-Normandie, ROD 29 juin 2006, *Société d'économie mixte Le Havre Plaisance* ; CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope* ; CRC Poitou-Charentes, ROD 4 août 2007, *Société d'économie mixte du Golf de Loudun-Roiffé* ; CRC Rhône-Alpes, ROD 3 juillet 2009, *Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard* ; CRC Rhône-Alpes, ROD 25 août 2009, *Société de gestion de Val d'Isère (SOGVALDI)* ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 12 janvier 2010 *Société d'économie mixte de promotion et d'animation du Barcarès (PROMABA)*.

245. Par exemple, CRC Auvergne, ROD 10 janvier 2003, *Société d'économie mixte pour l'électrification de la Haute-Auvergne* ; CRC Aquitaine, ROD 7 mai 2004, *Gaz de Bordeaux* ; CRC Rhône-Alpes, ROD 21 septembre 2009, *Compagnie intercommunale de chauffage de l'agglomération grenobloise (CCIAG)*.

ou les transports²⁴⁶. Elles ont parfois plus des objets sociaux plus originaux et aussi diversifiés que la gestion d'une usine de production de cycles sur le territoire communal²⁴⁷, la location de costumes de scène²⁴⁸, la gestion d'un cinéma²⁴⁹ ou d'une chaîne télévisée²⁵⁰ la gestion du service extérieur des pompes funèbres²⁵¹, la production et la mise en bouteilles d'une eau minérale naturelle²⁵² ou encore la gestion d'un centre d'étude sur les algues²⁵³ ou de la Tour Eiffel²⁵⁴. Cette approche pragmatique permet également d'étendre l'objet social aux activités administratives.

2. L'exercice d'activités administratives par les sociétés d'économie mixte locales

198. Les sociétés d'économie mixte locales sont des sociétés commerciales et ont par conséquent vocation à exercer des activités lucratives. Pour G. Defferre, instigateur de la réforme de 1983, la reconnaissance du caractère de société commerciale impliquait que l'objet social soit cantonné à l'exercice de « toutes compétences d'intérêt général autres qu'administratives dévolues aux collectivités locales »²⁵⁵. L'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales traduit cette vision de l'économie mixte locale. Si la nature industrielle et commerciale des activités que peuvent gérer les sociétés ne fait pas de doute²⁵⁶, le juge administratif est hésitant quant à la possibilité de confier aux sociétés des activités de nature administrative, voire de service public administratif, sur le fondement de la notion d'intérêt général. Par exemple, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a eu l'occasion d'affirmer que la Société d'économie mixte de sécurité active et télématique « ne gérait pas un service public administratif », sans faire référence à une quelconque interdiction du code mais sur le fondement d'une analyse détaillée de son objet social²⁵⁷.

246. Par exemple, CRC Alsace, ROD 14 septembre 2004, *Compagnie des transports strasbourgeois (CTS)* ; CRC Centre, ROD 31 octobre 2007, *Société d'économie mixte de gestion de l'aéroport de Tours Val de Loire (SEMAVAL)* ; CTC Nouvelle-Calédonie, ROD 19 novembre 2009, *Société Air Calédonie (AIRCAL)*.

247. Cass. com., 8 janvier 2002, *Albenque c/ Me Ravise-Bès*, ès qual., Bull. IV, p. 7, *Rev. Sociétés*, 2003, p. 308 et s., note Lucas.

248. CRC Auvergne, ROD 22 décembre 2003, *Société d'économie mixte France Costumes Moulins* : la société exerce son activité en partenariat avec le *Centre national du costume de scène (CNCS)* de Moulins).

249. CRC Lorraine, ROD 29 juin 2005, *Société d'économie mixte Palace Épinal* ; CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, Rec. 418, *BJCP*, 2007, p. 483 et s., concl. Casas.

250. CTC Polynésie française, ROD 18 janvier 2010, *Tahiti Nui Télévision (TNTV)*.

251. CRC Île-de-France, ROD 24 février 2006, *Société anonyme d'économie mixte des pompes funèbres (SAEMPF)*.

252. CRC Alsace, ROD 27 juillet 2007, *Société d'économie mixte des Sources de Soultzmatt*.

253. CRC Bretagne, ROD 19 août 2008, *Société d'économie mixte Centre d'étude et de valorisation des algues (CEVA)*.

254. CRC Île-de-France, ROD 8 mars 2006, *Société nouvelle d'exploitation de la Tour Eiffel*.

255. DEFFERRE (G) - *JO Débats parlementaires*, Sénat, 14 avril 1983 (cité par NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 49).

256. Comme le rappelle le juge judiciaire, « l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales [lequel] précise d'ailleurs le caractère industriel et commercial des services publics [que les sociétés] peuvent exploiter » (CA Aix-en-Provence, 8 avril 2005, *Société anonyme immobilière de la Ville de Nice (SVN)*, Inédit).

257. La cour relevait que « la SA SEMSAT, société d'économie mixte dont l'activité essentielle était la télésurveillance de bâtiments de commerce et d'immeubles appartenant à des particuliers et la vidéosurveillance d'emplacements publics, ne gérait pas un service public administratif » (CA Aix-en-Provence, 10 mai 2000, *Ville de Nice c/ Ezavin*, Inédit). Le juge judiciaire reprend ainsi l'analyse du Conseil d'État selon lequel, les activités de télésurveillance et de télématique sont des activités économiques dès lors qu'elles sont effectuées pour des finalités qui ne relèvent pas de la police

199. Dans l'affaire *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*, la Cour administrative d'appel de Paris n'a pas retenu la qualification d'activité de service public administratif pour une société chargée de « la conception, la réalisation, la communication, la gestion et l'accompagnement d'événements pour promouvoir l'image de la ville »²⁵⁸. Suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, elle a conclu à la nature économique de ses missions, sans rejeter le principe de l'exercice d'une mission administrative par une société d'économie mixte locale. Pour le commissaire du gouvernement Trouilly, l'exercice de telles activités par une société d'économie mixte locale « ne constitue pas un obstacle d'ordre théorique » dès lors qu'elle a été reconnue pour des sociétés d'économie mixte nationales²⁵⁹. Elle s'accommode cependant difficilement avec la forme de société commerciale, principalement orientée vers la satisfaction d'intérêts économiques.

200. La référence à la notion d'activité d'intérêt général permet de fonder une analyse parfois plus extensive du champ de l'objet social des sociétés d'économie mixte locales. L'exercice d'activités administratives a été implicitement validé par le Tribunal des conflits²⁶⁰. La Cour de cassation est plus explicite, sanctionnant « la cour d'appel qui, pour juger que la SEAM abattage de Tahiti poursuivait l'exploitation d'un service industriel et commercial [...] a considéré qu'une société d'économie mixte ne pouvait gérer qu'un service public industriel et commercial » car il s'agissait d'une activité administrative autorisée par l'article

administrative sur le domaine public. La concession par la Ville de Nice de la mise en place et de l'exploitation sur son territoire d'un service de télématique à la Semsat, laquelle est chargée d'assurer des missions de « télésurveillance » d'édifices publics et de bâtiments privés, de « télégestion » de bâtiments et d'équipements publics ou privés (éclairage, télésignalisation, chauffage, ascenseurs), de « téléassistance » à des personnes âgées ou médicalement dépendantes, de gestion de banques de données urbaines, d'information des services chargés des interventions de sécurité, de secours ou techniques ne revient pas à lui confier « des missions relevant du domaine de la police municipale », mais est une délégation de « l'exploitation d'un service public à caractère commercial » (CE, 20 mars 1998, *Société d'économie mixte de sécurité active et de télématique (SEMSAT)*). Cf. FROMENT (J-C) - Regard juridique sur la vidéosurveillance urbaine : un droit en trompe-l'œil - *Contrats et Marchés publ.*, mars 2006, 1080.

258. CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*, Req. 00PA00781, *BJCL*, 2004, p. 563 et s., concl. Trouilly.

259. Le commissaire du gouvernement relève toutefois que « la compatibilité entre le mode de fonctionnement d'une société commerciale et la notion même de service public administratif n'apparaît pas *a priori* évidente » (TROUILLY (P) - À quelle condition la création d'une société d'économie mixte locale est-elle légale ? - Conclusions sur CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière* - *BJCL*, 2004, p. 564). Dans une affaire opposant M. Jeissou à la Société d'économie mixte du pont de Saint-Nazaire-Saint-Brévin, le Conseil d'État avait statué en suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, selon lequel « le service rendu par la [société] est, par nature, administratif » (JEANNENEY (P-A) - Conclusions sur CE, 2 octobre 1985, *M. Jean Jeissou et SEM du pont de Saint-Nazaire-Saint-Brévin* - *AJDA*, 1986, p. 38). Ultérieurement, le Conseil a eu l'occasion de rappeler qu'une « société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute a pour activité l'exécution d'une mission de service public administratif » (CE, 6 juillet 1994, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF)*).

260. Le Tribunal des conflits procède également à un raisonnement *a contrario*. Selon lui, « la SEM Olympique d'Alès en Cévennes, dont l'objet social comprend notamment l'organisation de manifestations sportives payantes, le recrutement et la formation des joueurs et la promotion, par tous moyens, de l'équipe professionnelle de la ville [...] ne gère pas un service public administratif ». Il ne rejette pas la possibilité pour une telle société d'exercer une activité administrative, même si, en l'espèce, l'activité conserve un caractère industriel et commercial (TC, 20 novembre 2006, *Société d'économie mixte Olympique d'Alès en Cévennes*, Rec. 1, *Rapport public annuel 2006*, Paris, Éditions du Journal officiel, 2006, II, n° 3570, conclusions Chauvaux, *Dr. sociétés*, juin 2007, comm. 112, note Legros).

L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales²⁶¹. Cette interprétation extensive la notion d'activité d'intérêt général illustre l'attraction exercée par les collectivités territoriales sur les sociétés d'économie mixte locales : dominées par les collectivités territoriales, elles peuvent exercer tout type d'activité d'intérêt général dont seraient titulaires leurs actionnaires majoritaires. La référence à l'intérêt général ne saurait cependant justifier l'utilisation des sociétés d'économie mixte locales en toute occasion et le juge administratif a cherché à circonscrire leur recours, même lorsqu'elles sont chargées de missions économiques en recourant à la notion d'intérêt public local.

B. L'EXISTENCE D'UN INTÉRÊT PUBLIC LOCAL, CONDITION DE L'INTERVENTION DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

201. Le juge administratif a toujours été réticent à admettre l'action économique des personnes publiques dans le domaine économique, considérant que « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée »²⁶². Les sociétés d'économie mixte locales devraient bénéficier de ce principe de liberté d'action des personnes privées. Le code général des collectivités territoriales ne contient d'ailleurs aucune référence à l'obligation pour les collectivités territoriales de justifier la création des sociétés d'économie mixte locales par un motif d'intérêt public local. La jurisprudence administrative ajoute une condition à la création des sociétés d'économie mixte locales en leur appliquant le régime de l'interventionnisme économique des personnes publiques²⁶³. Celui-ci est caractérisé par l'existence d'un intérêt public local propre aux actionnaires publics, alors même que leur objet social correspond à des missions d'intérêt général et qu'elles sont créées sous la forme de sociétés commerciales. Cette position a par ailleurs été reprise par une circulaire du Ministère de l'Intérieur, rappelant expressément que « le principe de liberté du commerce et de l'industrie s'applique non seulement aux collectivités territoriales mais aussi aux sociétés qu'elles créent, auxquelles elles ne peuvent donner plus de droits qu'elles n'en ont elles-mêmes »²⁶⁴. La condition de l'existence d'un intérêt public local a été développée en complément de celle de l'intérêt général (1). Elle apparaît cependant surabondante (2).

1. L'intérêt public local, condition complémentaire à l'intérêt général pour l'intervention des sociétés d'économie mixte locales

202. Le juge administratif utilise différemment les deux notions d'intérêt général et d'intérêt public local. Lorsqu'il apprécie la conformité de l'objet social

261. Cass. soc., 3 mai 2007, *Société anonyme d'économie mixte Abattage de Tahiti*, Inédit. Cf. également Cass. 1^{re} civ., 8 février 2005, *Ville de Nice c/ Société immobilière de la ville de Nice*, *JCP ACT*, mars 2005, comm. 1148, note Renard-Payen.

262. CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. 583, GAJA, n° 44.

263. Sur la notion de liberté du commerce et de l'industrie, cf. notamment, CLAMOUR (G) - *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* - Paris, Dalloz, 2006, 1044 p. ; DREYFUS (F) - *La liberté du commerce et de l'industrie* - Paris, Berger-Levrault, 1973, 275 p. ; CLAMOUR (G) - *Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques* - *JCP ACT*, nov. 2007, étude 2286 ; KOVAR (J-P) - *Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ?* - *Dr. Adm.*, 2007, étude 18.

264. Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 portant régime juridique des sociétés publiques locales et des sociétés publiques locales d'aménagement, non publiée au *JORF*, p. 5.

aux domaines de compétence des actionnaires publics, il fait référence à la notion d'intérêt général. Lorsqu'il envisage les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales utilisent les sociétés pour intervenir dans le domaine économique, il recourt à la notion d'intérêt public local²⁶⁵.

203. La nécessité d'un intérêt public local est un effet secondaire inattendu de la domination institutionnelle exercée par les collectivités. La reconnaissance aux communes de véritables pouvoirs en matière économique était au centre de la réforme des décrets-lois de 1926 « autorisant l'intervention des communes, par voie d'exploitation directe ou de simple participation financière, dans les entreprises, même de forme coopérative ou commerciale », à la condition qu'elles soient chargées de l'exploitation de services publics industriels et commerciaux²⁶⁶. Cette position libérale, adoptée en rupture avec la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État interdisant l'exercice d'activités économiques par les collectivités territoriales sauf en cas de « circonstances exceptionnelles »²⁶⁷ a été ensuite assouplie. Sans revenir sur sa jurisprudence antérieure, il a admis la licéité de l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine économique, l'encadrant d'abord étroitement²⁶⁸, puis de plus en plus souplement²⁶⁹. Désormais, leur action économique est subordonnée à l'existence d'un intérêt public local, lequel peut notamment résulter d'une carence de l'initiative privée²⁷⁰. Pour autant, il refuse de faire une différence entre les situations dans lesquelles les collectivités publiques exercent directement – par le biais de régies municipales²⁷¹ – des acti-

265. G. Clamour note ainsi que « ce n'est jamais l'activité économique en elle-même qui présente un caractère d'intérêt général, car là n'est pas la question » Selon lui, « ce qui caractérise l'intérêt public, ce sont les circonstances qui justifient la prise en charge de l'activité économique par la personne publique » (*in* - Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques - *JCP ACT*, nov. 2007, étude 2286, n° 22).

266. Décrets-lois des 5 novembre 1926 (*JORF*, 7 novembre 1926, p. 11894) et du 28 décembre 1926 (*JORF*, 31 décembre 1926, p. 13742).

267. CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333, GAJA, p. 51 et s.

268. CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *op. cit.* : « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ». Les conclusions sur cette affaire du commissaire du gouvernement Josse sont éclairantes sur ce point. Selon lui, « que l'intérêt public puisse être entendu plus largement qu'autrefois, d'accord, mais nous sommes fondés à conclure que les décrets de 1926 ne dérogent pas aux principes » (Conclusions sur CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* - *RDP*, 1930, p. 53). Dans ses conclusions sur l'affaire *Lavabre*, le commissaire du gouvernement Rivet reprend ce raisonnement en relevant que la jurisprudence du Conseil d'État « s'est refusée à voir dans les décrets de 1926 l'énoncé de principes contraires à ceux qu'elle avait personnellement consacrés » (Conclusions sur CE, 13 juillet 1933, *Lavabre* - *Sirey*, 1933, 3, p. 81).

269. Sur l'évolution de la conception de la liberté du commerce et de l'industrie appliquée aux activités économiques des personnes publiques, cf. CLAMOUR (G) - *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* - Paris, Dalloz, 2006, 1044 p. ; KOVAR (J-P) - *Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ?* - *Dr. Adm.*, 2007, étude 18 ; LOMBARD (M) - 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : pavane pour une infante défunte - *RJEP*, 2011, repère 2.

270. CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 272, *RFDA*, 2006, p. 1048 et s., concl. Casas : « pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ».

271. Cf., à titre illustratif, CE, 13 juillet 1933, *Lavabre*, *Sirey*, 1933, 3, p. 81 et s., concl. Rivet ; CE Ass., 24 novembre 1933, *Zénard*, Rec. 1100, *S.*, 1934, 3, p. 105 et s., concl. Detton (pour une exploitation en régie directe d'une boucherie municipale).

vités économiques, et celles dans lesquelles elles créent des organismes dédiés à cette fin²⁷². Cette assimilation est explicitée par la jurisprudence *De Lara*, rendue par le Conseil d'État en 1935²⁷³. Était contestée la création de la Régie foncière de la ville d'Alger, qui n'avait de régie que le nom puisqu'il s'agissait d'une société de droit privé dont une collectivité détenait 40 % du capital. Le commissaire du gouvernement Rivet, après avoir admis que l'entreprise était un « système mixte » et non une régie, a confirmé l'obligation de respecter les principes normalement applicables aux régies municipales lors de la création de la société²⁷⁴. La participation des collectivités territoriales au capital d'une société commerciale constituait néanmoins une atteinte à la règle de la concurrence car la collectivité apportait des aides à l'entreprise par son actionnariat²⁷⁵. Ce positionnement revenait à interdire l'idée d'actionnariat public et était d'autant plus étonnant que les collectivités territoriales ne pouvaient pas en être les actionnaires majoritaires jusqu'en 1955²⁷⁶.

204. L'application du régime de l'action économique publique à la participation des collectivités territoriales au capital social n'a jamais été remise en cause. Le juge administratif continue de vérifier, pour chaque cas d'espèce, que la création de la société « était rendue nécessaire par une absence ou une défaillance de l'initiative privée »²⁷⁷. Le juge administratif juxtapose les deux conditions tenant à l'exercice d'activités d'intérêt général dans des conditions compatibles avec la liberté du commerce et de l'industrie²⁷⁸. Reprenant cette analyse, le commissaire du gouvernement Trouilly en explicite les enjeux dans ses conclusions sur l'affaire *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*²⁷⁹. Dans la perspective de la Coupe du monde de football de 1998, la Commune d'Ozoir-la-Ferrière avait créé une société d'économie mixte locale chargée de « la conception, la réalisation, la communication, la gestion et l'accompagnement d'événements pour promouvoir l'image de la

272. Cf. CE, 4 janvier 1935, *De Lara*, Rec. 14, D., 1936, 3, p. 1 et s., concl. Rivet et note Capitant. et CE Sect., 22 novembre 1935, *Chouard, Lévy, Chausson*, Rec. 1080, D., 1936, Recueil hebdomadaire, p. 101 et s. (admission de la création d'une société de gestion immobilière du fait de la crise du logement résultant à Marseille d'opérations de démolition dans certains quartiers malsains et surpeuplés).

273. CE, 4 janvier 1935, *De Lara*, *op. cit.*

274. RIVET (M) - Conclusions sur CE, 4 janvier 1935, *De Lara - D.*, 1936, 3, p. 6.

275. Selon le commissaire du gouvernement Rivet, « si, dans les circonstances de l'espèce, les entreprises privées n'ont en face d'elles qu'une entreprise d'apparence semblable et si l'aide que la commune apporte à celle-ci se trouve limitée dans des conditions qui écartent toute idée d'identification, c'est là, simplement, question de degré ; la règle de la libre concurrence n'en est pas moins méconnue ; et, pour que vous puissiez justifier légalement l'atteinte portée à cette règle, il est indispensable que, selon la formule de vos arrêts, "des circonstances particulières de temps et de lieu" existent, qui montrent que l'"intérêt public" était, en l'occurrence, directement engagé » (*idem*).

276. Décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (participation financière ou exploitation directe), *JORF*, 21 mai 1955, p. 5073.

277. CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et autres*, Rec. 582, *JCP G*, 1995, II, 22507, note Cliquennois.

278. Par exemple, un tribunal administratif a considéré que « les sociétés d'économie mixte locales créées à l'initiative des communes, peuvent se livrer à toute activité d'intérêt général [...] sous la réserve notamment que cette activité s'exerce dans le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie » (TA Toulouse, 27 janvier 1988, *Préfet, Commissaire de la République de l'Aveyron*, Req. 862036, *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm., p. 230) Dans le même sens, TA Grenoble, 27 janvier 1988, *Ruphy et autres c/ Commune de La Clusaz*, Req. 32865, *JCP*, 1989, II 21265, note Devès.

279. TROUILLY (P) - À quelle condition la création d'une société d'économie mixte locale est-elle légale ? - Conclusions sur CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière - BJCL*, 2004, p. 563 et s.

ville »²⁸⁰. Le problème posé n'était pas tant de savoir si l'objet social de l'entreprise entraînait dans l'énumération de la liste de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, que de préciser à quelles conditions cette activité, présentant manifestement des caractéristiques d'intérêt général, pouvait être confiée à une société d'économie mixte locale. Le commissaire du gouvernement estime « que ce n'est qu'en cas de défaillance de l'initiative privée que la création d'une SEM dans un secteur *a priori* concurrentiel est licite »²⁸¹. Explicitant ce raisonnement, le juge a par la suite précisé que rien ne s'oppose à ce qu'une société d'économie mixte locale « agisse, dans le cadre de ses compétences légales, sur ce marché local dès lors que cette intervention est justifiée par un intérêt public local suffisant »²⁸². La notion de compétences légales renvoie à l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, c'est-à-dire à la nature d'intérêt général de l'activité ; celle d'intérêt public local fait écho aux conditions de sa prise en charge par la société. Poursuivant son raisonnement à son terme, le Conseil d'État a réinterprété les conditions du code. Lorsque les sociétés interviennent sur un marché concurrentiel, l'appréciation du caractère d'intérêt général de l'activité « peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées », une telle carence ou une telle insuffisance ne pouvant être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention de la société. Cette approche simplifie la démarche du juge en reconnaissant que la condition de l'intérêt public local est une composante de la notion d'intérêt général telle que définie par l'article L. 1521-1 du code. En adjoignant à la définition légale de l'objet social des sociétés la condition du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, le juge accentue le rapprochement entre les sociétés et les personnes publiques. L'emprise des collectivités territoriales actionnaires sur les sociétés est telle que la définition de leur compétence est appréciée à la lumière des principes de l'interventionnisme public économique.

205. Le respect de la liberté du commerce et de l'industrie implique que la création de la société corresponde à un intérêt public local, dont l'appréhension a été renouvelée par la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*²⁸³. Ce décalque des conditions de l'interventionnisme public économique aux sociétés d'économie mixte locales apparaît néanmoins surabondant.

2. L'intérêt public local, condition surabondante de l'intérêt général pour l'intervention des sociétés d'économie mixte locales

206. Les sociétés d'économie mixte locales devraient être protégées contre les intrusions des personnes publiques dans leur champ d'activité par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Or, le juge administratif inverse le raisonnement et conditionne leur utilisation au respect des principes de l'interventionnisme public. Cette assimilation est discutable. En premier lieu, subordonner la création des sociétés à une carence de l'initiative privée est contraire à la notion de partenariat qui sous-tend celle d'économie mixte : s'il y a une réelle carence de l'initiative privée, les collectivités territoriales ne devraient pas pouvoir trouver de partenaire

280. Les statuts de la société sont cités par P. Trouilly dans ses conclusions sur l'affaire *Commune d'Ozoir-la-Ferrière* (*op. cit.*, p. 563).

281. TROUILLY (P) - *op. cit.* - p. 565.

282. CAA Nancy, 14 juin 2007, *Société anonyme d'économie mixte Reims champagne congrès expo*, Req. 06NC01474, *AJDA*, 2007, p. 1933 et s., note Clamour.

283. CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *op. cit.*

de droit privé pour participer au capital social, sauf à recourir à des actionnaires institutionnels²⁸⁴ ou dont l'activité économique ne correspond pas à l'objet social de la société. Or, l'objet de l'économie mixte locale est de permettre la collaboration entre des acteurs publics et privés dans des projets liés à la satisfaction de l'intérêt général. Le recours à l'économie mixte locale n'a pas un caractère supplétif, mais collaboratif : les collectivités s'associent à d'autres acteurs – par principe privés – pour réaliser des missions liées à la satisfaction de l'intérêt général²⁸⁵.

207. En deuxième lieu, la position du Conseil d'État applicable dans les relations institutionnelles s'articule difficilement avec celle adoptée dans les relations contractuelles. Le respect de la concurrence impose tant la recherche d'un intérêt public local lors la création des sociétés d'économie mixte locales, que la soumission des relations contractuelles avec leurs actionnaires publics aux règles de la commande publique. Cette redondance de réglementation est contradictoire : soit les collectivités territoriales ne peuvent créer ces sociétés que dans des conditions conformes à la concurrence et dans ce cas elles devraient pouvoir contracter librement avec elles²⁸⁶ ; soit elles ne peuvent nouer librement de relations contractuelles avec ces sociétés car celles-ci sont réellement indépendantes, mais alors leurs modalités de création devraient être assouplies.

208. En troisième et dernier lieu, le maintien de cette obligation s'articule difficilement avec l'assouplissement jurisprudentiel de la notion d'intérêt public, allant dans le sens d'une reconnaissance « de fait » d'une liberté économique des personnes publiques²⁸⁷. Le juge a élargi les conditions de reconnaissance d'un intérêt public local, considérant que celui-ci peut notamment résulter d'une carence de l'initiative privée. Il semble, par contre, hésitant à transposer ce raisonnement aux sociétés d'économie mixte locales. Rappelant sa jurisprudence traditionnelle issue de la décision *Chambre du commerce en détail de Nevers*, il affirme parfois que « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les collectivités publiques ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en la matière »²⁸⁸.

284. C'est ainsi que la Caisse des dépôts et consignations détient, à travers ses filiales, près de 9 % de l'ensemble de l'actionnariat dans les sociétés d'économie mixte locales, ce qui correspond à environ 25 % de l'ensemble de l'actionnariat dit « minoritaire » (source : www.lesepl.fr). Il s'agit le plus souvent d'actionnaires dits dormants, c'est-à-dire dont la présence au capital social n'est justifiée que par une motivation économique (sur l'actionnariat minoritaire des sociétés d'économie mixte locales, cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

285. Le caractère collaboratif de l'économie mixte locale ressort de la formulation même de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales selon lequel les sociétés d'économie mixte locales « associent » les collectivités territoriales « à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques ».

286. Comme cela est le cas avec les associations para-administratives, dites *transparentes* et dont les relations contractuelles avec les collectivités territoriales ne sont pas soumises aux principes de publicité et de mise en concurrence (cf. *infra*, Partie 2 et, à titre illustratif, CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, Rec. 155, *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2128, note Pontier).

287. CLAMOUR (G) - Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques - *op. cit.* Pour une application du critère de l'intérêt public local en l'absence de carence de l'initiative privée, cf. CE, 31 mars 2010, *Département de la Corrèze*, Req. 306911, *AJDA*, 2010, p. 957 et s., conclusions Boulouis, *JCP ACT*, juin 2010, comm. 22°3, note Idoux. En l'espèce, il s'agissait de la création d'un service départemental de télé-assistance au profit des personnes âgées ou handicapées.

288. CAA Paris, 15 décembre 2008, *Société Transiles c/ Province des îles Loyautés*, Req. 05PA01979, CCC, mai 2009, chronique 3, note Marson. Reprenant ce raisonnement, le Conseil d'État précise que « l'existence d'un besoin local des populations, qui ne peut être satisfait par les activités privées

Mais il se positionne d'autres fois dans la continuité de la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris* et considère que s'il « peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées, une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une société d'économie mixte (SEM) sur un marché »²⁸⁹. Le juge financier reprend cette analyse dans le cadre de ses observations en précisant que pour que l'intervention soit valide, « il doit être constaté une carence de l'initiative privée », « ou bien, si l'initiative privée existe, il doit être constaté qu'un intérêt public local justifie l'intervention de la SEM »²⁹⁰. La notion d'intérêt public local n'en ressort pas mieux définie, et sa convergence avec celle d'intérêt général est renforcée car seul « un intérêt public suffisant [permet] de regarder ces activités comme des activités d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales »²⁹¹. Dans la théorie, la distinction entre les notions d'intérêt général et d'intérêt public local semble maintenue par le Conseil d'État ; d'un point de vue pratique cependant, la différence entre les deux reste difficile à saisir et il semble que le juge administratif soit de plus en plus enclin à les confondre²⁹². Il n'en demeure pas moins que les sociétés d'économie mixte locales ne sont pas nécessairement créées pour la satisfaction de missions d'intérêt général²⁹³, et que dans cette hypothèse, le recours à la notion d'intérêt public local conserve une utilité propre.

209. L'influence de l'actionnariat public sur la société se manifeste dès la constitution de la société. Les prises de participations initiales des collectivités territoriales sont subordonnées à une compétence des actionnaires pour exercer l'activité, comme si la société n'était qu'un simple relais de celles-ci. Cette négation de l'identité propre des sociétés d'économie mixte locales ne se comprend qu'à la lumière de leurs relations institutionnelles avec les collectivités territoriales. La domination institutionnelle des sociétés est telle que l'influence publique est également ressentie lors de l'évolution de l'objet social des sociétés d'économie mixte locales.

§ 2. L'INFLUENCE DE L'ACTIONNARIAT PUBLIC SUR L'ÉVOLUTION DE L'OBJET SOCIAL EN COURS DE VIE SOCIALE

210. Dans une société commerciale, la logique institutionnelle justifie l'autonomisation de la société par rapport à ses actionnaires. En conséquence, les modifications apportées à son objet social relèvent de la seule compétence des

existantes, permet d'établir l'intérêt local de l'objet d'une délibération par laquelle une collectivité, dans l'exercice des compétences qui lui sont dévolues à cette fin, décide d'une action de soutien à une activité économique » (CE, 20 octobre 2010, *Province des îles Loyauté*, Req. 300347, *Gaz. Pal.*, 21 mai 2011, n° 141, p. 33 et s., note Sée).

289. CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyages (SNAV)*, Req. 308564, *AJDA*, 2011, p. 18 et s., note Nicinski, confirmant CAA Nancy, 14 juin 2007, *Société anonyme d'économie mixte Reims champagne congrès expo*, *op. cit.*

290. CTC Nouvelle-Calédonie, ROD 13 novembre 2008, *Société de financement et de développement de la Province Sud (SEML PROMOSUD)*.

291. CE, 5 juill 2010, *op. cit.*

292. En ce sens, cf. NICINSKI, Note sous CE, 5 juillet 2010, *AJDA*, 2010, p. 19.

293. Elles peuvent également exercer des activités d'aménagement, de construction, de service public industriel et commercial, au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

organes internes de la société. Aucun actionnaire ni aucune catégorie d'actionnaire n'a, à lui seul, le pouvoir d'orienter les choix de la société²⁹⁴. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales atténuent fortement cette séparation, les collectivités territoriales actionnaires exerçant une influence directe sur le développement d'activités complémentaires (I) ou sur les prises de participations et filialisations des sociétés d'économie mixte locales (II).

I. L'INFLUENCE DE L'ACTIONNARIAT PUBLIC SUR LE DÉVELOPPEMENT D'ACTIVITÉS COMPLÉMENTAIRES

211. Toutes les personnes morales sont soumises à un principe de spécialité : leur capacité est cantonnée à la réalisation des missions pour lesquelles elles ont été créées. Transcendant le clivage entre droit public et droit privé, le principe de spécialité est un élément fondateur de la théorie de la personnalité morale²⁹⁵. Pour autant, sa signification diffère suivant qu'il est appliqué aux personnes privées ou aux personnes publiques. Il s'agit d'un principe faiblement limitatif de la capacité des personnes morales de droit privé. L'objet social délimite la sphère d'action de la société. Il doit être licite et déterminé, même de façon très large. Cette spécialité statutaire, qui conditionne la capacité de la personne morale, peut être librement aménagée par une modification des statuts²⁹⁶. Le principe de spécialité « prend tout son sens » lorsqu'il est appliqué aux personnes morales de droit public, surtout aux établissements publics²⁹⁷. Il signifie alors que ces derniers n'ont pas la capacité d'exercer des missions autres que celles dont ils ont été investis par l'acte qui les a institués²⁹⁸, sous réserve des diversifications

294. Cette position est cependant largement atténuée dans les sociétés unipersonnelles, dans lesquelles l'actionnaire et la société ont tendance à se confondre, malgré la préservation d'une séparation institutionnelle (sur la société unipersonnelle, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 5). Ces sociétés sont caractérisées par leur absence « d'aptitude à agir en tant qu'unité » car elles n'ont d'autre but que de donner une autonomie juridique à l'activité d'une personne physique (BARUCHEL (N) - *La personnalité morale en droit privé* - Paris, LGDJ, 2004, n° 664).

295. Le principe de spécialité « signifie que la personne morale née avec un but ne peut pas détourner de sa destination les droits de toute nature (droits de puissance publique ou droits patrimoniaux) qui lui ont été reconnus pour lui permettre d'atteindre ce but » (MICHOU (L) - *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 1924, T2, n° 246). Il est un élément central de la distinction entre personnes physiques et personnes morales. Alors que les premières ont une capacité par principe illimitée, les secondes ont une capacité de jouissance limitée par leur spécialité légale et statutaire. (BARUCHEL (N) - *op. cit.* - n° 556-557 ; LINDITCH (F) - *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif* - Paris, LGDJ, 1997, p. 6 ; MATHEY (N) - *Recherche sur la personnalité morale* - Thèse, Université Paris II, 2001, n° 750 ; SIMONART (V) - *La personne morale en droit privé comparé* - Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 314). Pour un aperçu de l'évolution de l'appréhension de la spécialité en droit privé et en droit public, cf. PLESSIX (B) - *Établissements publics. Statut. Structures* - *J. Cl. Adm.*, fasc. 136, n° 7.

296. Dans la pratique, l'objet social est souvent défini très largement, pour éviter les multiples modifications de l'objet social (COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 108). Ainsi, « la spécialité statutaire ne constitue pas une limitation de la capacité de jouissance de la personne morale, mais plutôt une restriction des pouvoirs de ses dirigeants » (BARUCHEL (N) - *Idem*).

297. PLESSIX (B) - *op. cit.* - n° 7 ; BRENET (F) - La spécialité - *La compétence*, Paris, Litec, 2008, p. 79 et s. ; DOUENCE (J-C) - La spécialité des personnes publiques en droit administratif français - *RDP*, 1972, p. 758 et s.

298. La spécialité des établissements publics « signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission ». Dès lors, « il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités » (CE Avis, Sect. travaux publics, 7 juillet

complémentaires²⁹⁹. Appliquée aux sociétés d'économie mixte locales, cette distinction perd de sa netteté. Les sociétés d'économie mixte locales oscillent entre les conceptions privatiste et publiciste de la spécialité. Sociétés commerciales, elles devraient pouvoir diversifier leurs activités de façon souple. Pourtant, l'objet social des sociétés d'économie mixte locales étant étroitement lié à la compétence de leurs actionnaires publics, elles ne peuvent développer de nouvelles activités que dans la mesure où ces activités s'inscrivent en complément de leur objet principal. Le juge ne saurait leur reconnaître expressément une spécialité et demeure attaché à la personnalité morale de droit privé instituée par l'article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales³⁰⁰.

212. Dans une décision du 14 juin 2007, la Cour administrative d'appel de Nancy a explicité la position du juge administratif quant aux modalités d'extension des activités des sociétés d'économie mixte locales³⁰¹. La Société anonyme d'économie mixte Reims Champagne Congrès Expo (SAEM RCCE) a pour objet social l'organisation de toutes les manifestations de nature à favoriser l'animation, la promotion et le développement de la Commune de Reims et de la Région Champagne-Ardenne. À ce titre, elle est chargée par voie d'affermage de la gestion du Centre des congrès de Reims et a souhaité développer une activité annexe de prestations touristiques liées à la gestion du centre³⁰². Fragilisant la frontière entre droit public et droit privé, le juge administratif ne valide l'extension de l'activité que dans la mesure où les nouvelles activités constituent « un complément normal à l'activité principale » d'organisation des congrès, selon une expression d'habitude réservée à l'appréciation du principe de spécialité des établissements publics³⁰³. Il ne peut s'agir que de « prestations touristiques accessoires », manifestant « un prolongement de sa mission d'intérêt général tendant au développement touristique et économique de la région ». Le juge administratif adopte une lecture classique de la théorie de l'accessoire, comprise comme une norme

1994, n° 355 089, *GACE*, n° 31). La spécialité exerce une fonction de « limitation des compétences » (MICHOUDE (L), TROTABAS (L) - *op. cit.* - n° 249), ou du moins de « délimitation » de celles-ci (BRENET (F) - *op. cit.* - n° 7).

299. Le juge administratif a assoupli la conception traditionnelle de la spécialité et autorise les établissements publics à diversifier leurs activités dès lors que ces activités sont le complément normal de l'activité confiée par les statuts (CE Avis, Sect. travaux publics, 7 juillet 1994, *op. cit.*). Sur la théorie de l'accessoire, cf. PLESSIX (B) - *op. cit.* - n° 8 ; BRENET (F) - *op. cit.*, n° 19-20 ; DOUENCE (J-C) - *op. cit.* ; DURMARQUE (Y) - Vicissitudes du principe de spécialité des établissements publics industriels et commerciaux - *Études en l'honneur de Pierre Sandevor : service public, services publics*, Paris, l'Harmattan, 2000, p. 112 et s.

300. À titre illustratif, cf. Cass. 1^{re} civ., 8 février 2005, *Ville de Nice c/ Société immobilière de la ville de Nice*, Bull. civ. I, n° 77, *JCP ACT*, mars 2005, comm. 1148, note Renard-Payen ; TC, 20 février 2006, *Guy X c/ Bureau d'études BERIM*, Inédit, *Rapport public annuel 2006*, Paris, Éditions du Journal officiel, 2006, 3498.

301. CAA Nancy, 14 juin 2007, *Société anonyme d'économie mixte Reims champagne congrès expo*, *op. cit.*

302. Il s'agissait pour la société de proposer une offre globale combinant la location du palais des congrès et des prestations touristiques pour les congressistes. Les prestations touristiques pouvaient dès lors être considérées comme des annexes à l'activité principale de gestion du palais car elles en étaient le complément. Il en aurait été autrement si la société avait cherché à développer des compétences touristiques non liées à la gestion du centre, mais par exemple à la découverte de la ville de Reims ou du département de la Marne.

303. La diversification d'activité d'un établissement public n'est possible qu'à la condition que « ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale » (CE Avis, Sect. travaux publics, 7 juillet 1994, *op. cit.*).

d'habilitation³⁰⁴. Saisi en cassation, le Conseil d'État confirme cette position, rappelant que le principe de complémentarité n'impose pas que l'activité soit un « complément nécessaire », mais un « complément normal » de l'objet social³⁰⁵.

213. Pour les établissements publics, le juge vérifie que les activités nouvelles constituent un complément normal à l'activité principale et qu'elles participent à sa réalisation. Le dépassement de la compétence initiale est légitimé par la connexité des activités originelles et nouvelles³⁰⁶ car l'établissement public est fondé par une personne publique pour réaliser certaines missions³⁰⁷. L'opportunité de se diversifier ne lui appartient pas parce qu'il est entièrement orienté vers l'accomplissement de sa mission première. Transposé aux sociétés d'économie mixte locales, le développement d'activités complémentaires est subordonné à la condition qu'elles n'enfreignent pas l'habilitation initiale de l'entreprise à exercer une mission d'intérêt général. La proximité entre les sociétés d'économie mixte locales et les établissements publics est clairement revendiquée car, sous une apparence corporative, c'est à la nature fondative de la société³⁰⁸ que le juge administratif renvoie lorsqu'il applique la théorie de l'accessoire au développement d'activités complémentaires. Les sociétés ne peuvent étendre leurs activités en dehors des domaines attribués par les collectivités territoriales actionnaires et strictement définis par la loi³⁰⁹. L'influence de l'actionnariat public sur le développement d'activités complémentaires est renforcée par le juge administratif. Cette influence s'étend également aux prises de participations et filialisations des sociétés d'économie mixte locales.

II. L'INFLUENCE DE L'ACTIONNARIAT PUBLIC SUR LES PRISES DE PARTICIPATIONS ET LES FILIALISATIONS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

214. Pour développer et diversifier leurs activités, les sociétés d'économie mixte locales peuvent prendre des participations dans le capital de sociétés tierces ou créer des filiales dont elles détiennent la majorité du capital social. Ces techniques sont largement utilisées par les collectivités territoriales et leurs groupements. Elles favorisent, d'une part, la constitution de groupes locaux d'entreprises grâce à des participations croisées de sociétés d'économie mixte locales dans d'autres sociétés d'économie mixte locales appartenant aux mêmes actionnaires³¹⁰. Elles permettent, d'autre part, l'extension de l'influence publique sur

304. TUSSEAU (G) - *Les normes d'habilitation* - Paris, LGDJ, 2006, n° 1049-1052.

305. CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyages (SNAV)*, *op. cit.*

306. TUSSEAU (G) - *op. cit.* - 2006, n° 1051.

307. THERON (J-P) - *Recherche sur la notion d'établissement public* - Paris, LGDJ, 1976, p. 11-36.

308. En ce sens, *cf.* DURAND (G) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 2002, 359 p. ; DURAND (G) - Établissement public local ou SEML ? Bref essai de comparaison juridique - *JCP E*, 1994, suppl. CDE n° 3, p. 30-31.

309. Activités d'aménagement, de construction, gestion de services publics industriels et commerciaux et activités d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

310. La multiplication de ces structures peut entraîner une certaine confusion, comme dans le cas de la Commune du Barcarès. Celle-ci est actionnaire de deux sociétés d'économie mixte locales, la SEM d'études et d'aménagement de développement du département des Pyrénées Orientales (SEMETA) - à hauteur de 57,13 % du capital - et de la Société de promotion et d'animation du Barcarès (PROMABA) - à hauteur de 57,5 %. Commune des Pyrénées-Orientales, Barcarès utilise

des sociétés dont les collectivités territoriales ne sont pas actionnaires mais dont les activités les intéressent directement³¹¹. Le juge veille à ce que la filialisation ne soit pas une technique de contournement des règles de compétences et d'encaînement de l'action des collectivités territoriales.

215. Le droit des sociétés distingue les prises de participations dans le capital de sociétés de l'opération de filialisation. Les premières ne peuvent être que minoritaires, comprises entre 10 et 50 % du capital, tandis qu'une filialisation conduit à la constitution d'un groupe de sociétés dans lequel une société-mère contrôle une ou plusieurs autres sociétés par la détention de la majorité du capital³¹². Les

la SEMETA pour réaliser les infrastructures d'équipement touristique dont elle confie la gestion à la PROMABA. Pour garantir la cohésion de ce groupe, la SEMETA détient 30 % du capital de la PROMABA, devenant ainsi son principal actionnaire minoritaire. Les deux sociétés ont également un siège social en commun, dans les locaux de la mairie. Cette proximité aboutit à une véritable confusion institutionnelle, conduisant à la détention publique indirecte de plus de 85 % du capital de la PROMABA. Elle favorise également l'empiètement de la société sur les activités de l'office municipal de tourisme, constitué sous la forme d'un établissement public industriel et commercial. Sur la gestion de la commune et de ses sociétés d'économie mixte locales, cf. Cour des comptes - Les sociétés d'économie mixte de la commune du Barcarès (Pyrénées-Orientales) - *Rapport public annuel 2010* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2010, p. 387-432, reprenant différents rapports de la chambre régionale et territoriale des comptes (CRC Languedoc-Roussillon, ROD 31 décembre 2004, *Commune du Barcarès* ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 12 janvier 2010, *Société d'économie mixte de promotion et d'animation du Barcarès (PROMABA)* ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 8 février 2010, *Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (SEMETA)*). Des difficultés identiques ont été relevées dans d'autres communes (pour la Commune de Levallois-Perret, cf. CRC Île-de-France, ROD 17 août 2003, *Association Levallois Sporting Club Basket (LSCB)* ; CRC Île-de-France, ROD 19 mars 2009, *Commune de Levallois-Perret* ; CRC Île-de-France, ROD 9 mars 2010, *Société d'économie mixte d'aménagement, de rénovation et d'équipement de Levallois-Perret (SEMARELP)* ; CRC Île-de-France, ROD 9 mars 2010, *Société à responsabilité limitée (SARL) SCRIM Île-de-France à Levallois-Perret* ; pour la Commune de Martigues, cf. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 22 mars 2004, *Commune de Martigues* ; CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 22 mars 2004, *Société d'économie mixte de Martigues-communication (SEM-COM)* ; CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 22 mars 2004, *Société d'économie mixte de tourisme de Martigues (SEMOVIM)* ; CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, Avis 4 mai 2007, *Société anonyme Martigues Communication*).

311. Cette pratique s'applique principalement dans le domaine de la fourniture d'énergies. La loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (*JORF*, 2003, 4 janvier 2003, p. 425) impose la séparation des activités de production et de fourniture d'énergies de celles liées à la gestion du réseau d'acheminement. Certaines collectivités ont choisi de confier par la voie contractuelle les activités de gestion du réseau à une société d'économie mixte locale chargée de sa production et sa distribution (exemple : Gaz et électricité de Grenoble). D'autres préfèrent confier ces deux activités à deux sociétés distinctes, souvent affiliées l'une à l'autre. Elles peuvent choisir de confier les activités de production à une société d'économie mixte locale, dont le gestionnaire est une filiale (exemple : la Société de revente d'électricité et de gaz, d'investissement et d'exploitation en énergie et de services (Soregiès), et sa filiale détenue à 100 %, la Soregiès réseaux de distribution (SRD) (CRC Poitou-Charentes, ROD 16 octobre 2008, *Société d'économie mixte locale Ouest Énergie*), ou l'inverse (par exemple la SAEML Réseaux Gaz de Bordeaux (Régaz), détentrice de 66 % du capital de la Société Gaz de Bordeaux - cf. DELION (A), DURUPTY (M) - *Chronique du secteur public économique - RFAP*, 2009, p. 194).

312. Les prises de participations sont réglementées par l'article L. 233-2 du code de commerce, la filialisation par l'article L. 233-3 du code. Sur la notion de prises de participations, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 1431-1468 ; sur celle de filialisation et de groupe de sociétés, *idem*, n° 1477-1525 ; CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* n° 78. L. Rapp énonce six critères permettant de définir une filiale : elle doit avoir une personnalité juridique distincte de l'entreprise-mère, laquelle doit être une entreprise du secteur public ; elle doit exercer une activité en relation avec l'objet social de leur entreprise-mère ; l'entreprise-mère doit pouvoir exercer un pouvoir de direction et de contrôle de la filiale ; la filiale doit appartenir au secteur public ; elle doit avoir en général une personnalité morale de droit privé (*in* - *Les filiales des entreprises publiques* - Paris, LGDJ, 1983, p. 10-17).

prises de participations, quel que soit leur montant, ne sont subordonnées qu'à la condition que l'objet social de la filiale corresponde à celui de la société-mère. Cette condition de validité de l'opération est bien évidemment applicable aux sociétés d'économie mixte locales³¹³. Mais le code général des collectivités territoriales, conforté par la jurisprudence administrative, renforce l'encadrement des prises de participations et filialisations dès lors qu'une société d'économie mixte locale en est l'instigatrice. Celles-ci sont soumises à une autorisation expresse des collectivités territoriales actionnaires (A), et ne peuvent être réalisées que dans leur domaine de compétence (B).

A. LES PRISES DE PARTICIPATIONS ET FILIALISATIONS SUBORDONNÉES À UNE AUTORISATION EXPRESSE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

216. L'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales subordonne toute prise de participation d'une société d'économie mixte locale dans le capital d'une société commerciale à un accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration. Cette autorisation n'est pas spécifique au secteur public local et les opérations de filialisation des entreprises des établissements publics dont l'État est actionnaire sont subordonnées à une obligation équivalente³¹⁴. Le régime de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales ne semble guère plus efficace que celui destiné aux entreprises publiques nationales³¹⁵. En premier lieu, seules les collectivités disposant d'un siège au moins au conseil d'administration peuvent donner leur accord. Cela exclurait la participation des actionnaires représentés par l'assemblée spéciale des collectivités³¹⁶, et dispense-

313. En ce sens, cf. CRC Rhône-Alpes, ROD 10 juin 2002, *Société d'équipement du département de la Drôme (SEDDO)*, n° 2 : la chambre rappelle que « l'objet statutaire d'une société filiale doit être conforme à l'objet de la société mère ». Elle souligne l'impossibilité de créer une filiale détenue en intégralité par une société d'économie mixte locale dès lors que son objet social ne correspond pas à l'une des missions énoncées à l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

314. Le pouvoir exécutif a cherché à limiter le « développement incontrôlé » de la filialisation (CARTIER-BRESSON (A) - *L'État actionnaire* - Paris, LGDJ, n° 78). Pour tenter de limiter ces « nationalisations silencieuses » (BONNEFOUS (E) - *Rapport d'information sur le contrôle des entreprises publiques en 1977 (filiales et prises de participations des entreprises publiques)* - Paris, Sénat, 2^e session ordinaire 1976-1977, n° 379) ou ces « filialisations très envahissantes » (VANNEAUX (M-A) - *Recherche sur un droit des relations financières État-entreprises publiques* - Thèse, Université de Lille II, 2005, p. 89), un décret de 1978 subordonne toute prise de participation d'une entreprise publique dans une autre société à une autorisation conjointe du ministre des Finances et du ministre concerné par le domaine d'activité de la société (décret n° 78-173 du 16 février 1978 portant modification du décret n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet économique ou social, *JORF*, 1978, p. 768).

315. D'apparence contraignante, cet encadrement n'a cependant pas eu d'effets réels sur le développement des prises de participations, l'approbation étant devenue progressivement une obligation de pure forme (CARTIER-BRESSON (A) - *Ibid.*). L'essor du secteur public national a conduit à la création de grands groupes d'entreprises publiques très ramifiés : le Répertoire des entreprises contrôlées majoritairement, directement ou indirectement par l'État (RECME) faisait état, fin 2008, de plus de 870 entreprises publiques (RECME au 31 décembre 2008, Insee Résultats Économie n° 45, novembre 2009).

316. Sur la représentation des collectivités au sein d'une assemblée spéciale, cf. *infra.*, Parti 1, Titre 2, Chapitre 2.

rait d'autorisation les sociétés dès lors qu'elles seraient constituées sous la forme dualiste³¹⁷. En deuxième lieu, l'accord ne serait nécessaire que pour les prises de participations comprises entre 10 et 50 % du capital, à l'exclusion des prises de participations inférieures à ce seuil et des filialisations, le code de commerce ayant une définition stricte de la prise de participation³¹⁸. En dernier lieu, l'article L. 1524-5 du code ne porterait que sur les opérations menées sur des sociétés commerciales et non des sociétés civiles. L'idée d'une limitation de la portée de l'article L. 1524-5 du code ne peut être que réfutée, tant la rédaction paraît être l'œuvre d'une « inadvertance » du législateur³¹⁹. Le juge administratif reconnaît ainsi l'applicabilité de l'article L. 1524-5 du code aux opérations de filialisation³²⁰, même lorsqu'elles portent sur le rachat de sociétés civiles³²¹. Le Conseil constitutionnel considère par ailleurs que l'autorisation peut être accordée par l'assemblée spéciale des actionnaires sans que cela ne remette en cause le principe d'égalité³²². L'obtention de l'accord exprès avant l'opération n'est pas purement formelle et « le non-respect de cette nécessité autorise toute action en nullité et ne permettrait pas aux actionnaires publics, qu'il s'agisse de la SEM ou de sa collectivité de référence, d'être appelés en comblement du passif »³²³. Lorsque la société ne se soucie pas d'obtenir l'autorisation d'un de ses actionnaires, ou lorsqu'elle outrepassa un refus de ceux-ci, elle ne peut plus se prévaloir de leur soutien. Les collectivités sont ainsi protégées contre les agissements des sociétés qu'elles n'autorisent pas. La nécessité qu'une opération de filialisation entre deux personnes privées soit autorisée par une catégorie d'actionnaires et présente un intérêt pour des personnes tierces à l'opération, est contraire à la logique du droit des sociétés.

217. L'avis des actionnaires majoritaires de sociétés soumises à la législation commerciale est pris en compte avant que des opérations importantes soient effectuées, telles que le rachat de sociétés tierces. Celui-ci s'exprime par le droit d'information et par leurs interventions lors des assemblées générales. Leur rôle est cependant limité, la réalité du pouvoir de direction des sociétés anonymes résidant le plus souvent dans les organes dirigeants de la société³²⁴. En tout état de cause, ces opérations ne sont jamais conditionnées à une autorisation expresse

317. Les sociétés constituées sous la forme dualiste n'ont pas de conseil d'administration, mais un directoire et un conseil de surveillance.

318. Article L. 233-2 du code de commerce.

319. NGUYEN QUOC (V) - Institutions locales d'économie mixte - *J. Cl. Adm.*, fasc. 161, n° 89. Cette position est à rapprocher de celle du ministre de l'Intérieur (Rép. min. à QE, n° 10745, *JOAN Q*, 3 août 1998, p. 4333).

320. CAA Bordeaux, 27 avril 2004, *Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS)*, Req. 00BX00369, *AJDA*, 2004, p. 1669.

321. CAA Lyon, 26 juin 2008, *Avrillier c/ Commune de Grenoble*, Req. 03LY01090.

322. CC, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *RFDA*, 1993, p. 902 et s., note Pouyaud.

323. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 10 avril 2007, *Société d'économie mixte Delta 3* p. 12. En l'espèce, la société Delta 3 avait créé deux sociétés en nom collectif (SNC) chargées de missions de construction et de commercialisation de bâtiments sur une zone dont l'aménagement avait été confié par la voie contractuelle (par une convention publique d'aménagement) à la société d'économie mixte. La chambre relève l'irrégularité de la création des deux sociétés, en l'absence d'autorisation expresse du Syndicat mixte pour la réalisation de la plate-forme multimodale de Dourges, actionnaire majoritaire de Delta 3.

324. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 672-677 ; VIANDIER (A) - *La notion d'associé* - Paris, LGDJ, 1978, 314 p.

d'une catégorie d'actionnaires. Dans une perspective institutionnelle, la société est perçue comme l'individualisation de la volonté de ses membres, dans un but qui lui est nécessairement propre³²⁵. En conséquence, elle dépasse la somme des volontés de ses actionnaires et peut imposer ses décisions à ses membres. Leur appartenance à la société leur fait perdre une grande part de leur emprise individuelle sur la société au profit des organes sociaux, et en particulier de l'assemblée générale extraordinaire. Elle peut, dans une large mesure, modifier les droits des actionnaires sans que ceux-ci n'aient d'autre choix que d'accepter ces modifications ou de sortir de la société³²⁶. Dans le secteur de l'économie mixte locale, les collectivités territoriales ne sont pas seulement des actionnaires, elles participent directement aux prises de décision de la société, soulignant la relativité de son indépendance. Les dispositions de l'article L. 1524-5 du code écartent d'autant les sociétés d'économie mixte locales d'une logique institutionnelle, pour les rapprocher d'une logique contractuelle, dans laquelle la volonté des participants au contrat de société est préservée.

218. L'autorisation expresse permet aux collectivités territoriales actionnaires de garder un contrôle sur le déroulement d'opérations potentiellement risquées pour leurs finances³²⁷, et de s'assurer que l'objet social de la filiale n'excède pas le champ des compétences de la société mère³²⁸. Son existence se justifie d'autant plus que le développement des prises de participations de sociétés d'économie mixte locales dans d'autres entreprises est important. La Fédération des entreprises publiques locales souligne la vitalité du procédé et recense, en 2010, 546 filiales et entreprises dans lesquelles des sociétés d'économie mixte locales détiennent des participations³²⁹. Au regard des 1061 sociétés existantes, une société d'économie mixte locale sur deux en moyenne détient des participations, éventuellement majoritaires, dans le capital d'une autre entreprise. Mais l'intérêt du mécanisme de l'article L. 1524-5 du code ne réside pas uniquement dans cette obligation, car l'autorisation peut être purement formelle, comme pour les entreprises du secteur public national. Il se situe également dans la possibilité offerte au juge administratif de contrôler par ce biais les enjeux de l'opération. Pour éviter toute dérive, il conditionne ces prises de participations à l'existence d'une compétence des collectivités territoriales actionnaires.

B. LES PRISES DE PARTICIPATIONS ET FILIALISATIONS CONDITIONNÉES À UNE COMPÉTENCE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

219. Conduisant la logique instrumentale de l'économie mixte locale à son terme, le juge administratif renforce l'encadrement des prises de participations

325. Sur la théorie de l'institution, cf. HAURIOU (M) - La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social - *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, 1925, p. 1 et s. ; MILLARD (É) - Hauriou et la théorie de l'institution - *Droit et Société*, 1995, p. 381 et s.

326. Sur les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, cf. DUPRÉ de BOULOIS (X) - *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne* - Paris, LGDJ, 2006, p. 155-165.

327. Sur l'analyse d'une filialisation risquée, cf., notamment, CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 22 mars 2004, *Société d'économie mixte de tourisme de Martigues (SEMOVIM)*, n° 2.1.

328. CRC Rhône-Alpes, ROD 10 juin 2002, *Société d'équipement du département de la Drôme (SEDRO)*, n° 2.

329. Source : www.lesepls.fr



des sociétés d'économie mixte locales dans le capital des sociétés tierces. Les collectivités territoriales et les groupements actionnaires « ne peuvent donner leur accord à une prise de participation [d'une société d'économie mixte locale] dans une société commerciale que si l'action de cette dernière entre dans le champ des compétences que la loi a reconnu auxdites collectivités et à leurs groupements et qu'elle présente un intérêt pour eux »³³⁰. Ainsi, lorsqu'une société d'économie mixte locale souhaite racheter le capital d'une société tiers, le juge annule l'autorisation de rachat dès lors que la filiale n'a pas vocation à intervenir sur le territoire du groupement actionnaire³³¹. Les juges s'assurent que les prises de participations ou les filialisations ne constituent pas un moyen pour les collectivités territoriales de contourner les limites de leurs compétences ou le principe de l'interdiction de la participation des collectivités dans le capital de sociétés commerciales³³². Ils stigmatisent ainsi la création de filiales détenues à 100 % par une société d'économie mixte locale, dès « qu'indirectement, l'objet statutaire de la [société] permet, en effet, [à la collectivité territoriale actionnaire] d'intervenir dans des domaines qui ne relèvent pas de son champ de compétence »³³³. Ainsi, l'opération qui permet à la SEML Société d'exploitation du centre national de la mer, « par le biais de sa filiale "Nausicaa développement" SA, de se lancer dans la prospection et le montage d'opérations de centres de la mer en France et dans le monde, avec les risques que cela comporte, outrepassant le champ des compétences reconnues par la loi aux collectivités locales actionnaires »³³⁴. Plus largement, c'est le principe de la filialisation « en cascade »³³⁵ des sociétés d'économie mixte locales qui « pose

330. CAA Bordeaux, 27 avril 2004, *Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS)*, Req. 00BX00369, *AJDA*, 2004, p. 1669.

331. *Idem*. En l'espèce, la *Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS)*, regroupant des communes de l'île de La Réunion, avait approuvé l'acquisition par la Société d'économie mixte d'aménagement, de développement, d'équipement de La Réunion (SEMADER) de la majorité du capital de la Société coopérative d'HLM des Deux-Sèvres. La cour administrative d'appel a confirmé l'annulation de la délibération autorisant le rachat prononcé par le tribunal administratif au motif que « l'action de ladite société n'entraîne pas dans le champ de compétence territorial de la communauté de communes », nonobstant le fait que « la SEMADER envisageait le transfert de la compétence territoriale de la société coopérative au département de La Réunion ». Dès lors, et même si l'objet social de la filiale correspond à l'une des activités dont les sociétés d'économie mixte locales peuvent être chargées en vertu de l'article L. 1521-1 du code, l'établissement public de coopération intercommunale n'avait pas d'intérêt à ce que la société d'économie mixte locale rachète cette société. Dans le même sens, cf. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 27 avril 2005, *Société d'économie mixte d'exploitation du centre national de la mer (NAUSICAA)*, p. 4 : la société d'économie mixte locale pouvait, par l'entremise de sa filiale, exercer des activités de conseil sur le territoire national et dans le monde, traduisant une appréhension trop large de la notion d'activité d'intérêt général.

332. Lors de son contrôle du groupe de sociétés constituées autour de la Société anonyme d'économie mixte d'aménagement, de rénovation et d'équipement de Levallois-Perret (SEMARELP), la chambre régionale des comptes d'Île-de-France a clairement souligné la volonté de contournement de la législation opérée par la Commune de Levallois-Perret. Ainsi, la société, par le biais d'une filiale dont elle détient l'intégralité du capital (la SARL SRIM), participe à une quarantaine de sociétés. Soulignant le caractère « atypique » de la situation, la chambre relève que « la multiplication de personnes juridiques largement transparentes caractérise un démembrement, qui conduit la commune à détenir indirectement près de 80 % des parts de sociétés commerciales », en violation des dispositions de l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales (CRC Île-de-France, ROD 19 mars 2009, *Commune de Levallois-Perret*, p. 21-30).

333. CRC Île-de-France, ROD 9 mars 2010, *Société à responsabilité limitée (SARL) SCRIM Île-de-France à Levallois-Perret*, p. 1.

334. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 27 avril 2005, *Société d'économie mixte d'exploitation du centre national de la mer (NAUSICAA)*, p. 4 (cf. également CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 27 avril 2005, *Société anonyme Nausicaa Développement*).

335. *Idem*.

un problème au regard de l'interdiction de prise de participation des communes dans des sociétés commerciales sans autorisation préalable du Conseil d'État » ainsi que celui de la dilution des pouvoirs de contrôle exercés par les collectivités sur la société³³⁶. Pour limiter ces risques et tenter de concilier la nature de société commerciale et la domination institutionnelle, le juge administratif exerce un contrôle renforcé de la motivation des prises de participations et des filialisations en contrôlant également l'intérêt de ces opérations.

220. Le juge administratif ne se limite pas à une approche matérielle de l'objet social des filiales, et il étend son contrôle à la motivation du rachat des actions par la société d'économie mixte locale. Ainsi, la légalité d'une prise de participations peut être conditionnée à l'existence « d'un intérêt pour l'exécution du service public dont l'exploitation a été déléguée »³³⁷. En l'espèce, la Société des eaux de Grenoble (SEG), société d'économie mixte locale délégataire du service public de l'eau et de l'assainissement, souhaitait racheter une entreprise sous-traitante, la Société Grenobloise des eaux et de l'assainissement (SGEA). Ce rachat était poursuivi dans un intérêt purement financier pour la société d'économie mixte locale, l'opération devant permettre de mettre fin au contrat de sous-traitance en lui évitant le versement des indemnités de résiliation du contrat. Pour apprécier la légalité de l'autorisation donnée par les actionnaires de la société d'économie mixte locale, le juge procède à un véritable bilan coût-avantage de l'opération³³⁸. Il estime que « l'acquisition de titres à une valeur supérieure à leur valeur réelle n'est susceptible de révéler une atteinte aux intérêts du service délégué que si les avantages sont manifestement insuffisants pour compenser les charges auxquelles cette prise de contrôle exposerait la société d'économie mixte »³³⁹. Le juge administratif vérifie que l'opération présente un intérêt pour les collectivités territoriales actionnaires de la société-mère, sans faire référence aux notions traditionnelles d'intérêt général de l'activité ou d'intérêt public local de leur prise en charge par des personnes appartenant au secteur public. Pourtant, les juges soulignent la fragilité des groupes de sociétés constitués autour d'intérêts uniquement financiers. Dès lors que les filiales interviennent dans le secteur concurrentiel, ils rappellent l'obligation de se conformer au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Est contraire à la logique de l'article L. 1524-5 du code, la création de filiales dès lors qu'elle ne correspond pas « à la

336. CRC Île-de-France, ROD 19 mars 2009, *Commune de Levallois-Perret*, p. 27 et p. 29-30 (sur le principe de l'interdiction de la participation des collectivités dans le capital de sociétés commerciales, cf. *supra.*, Titre 1, Chapitre 1 ; sur les contrôles exercés par les collectivités territoriales sur les sociétés d'économie mixte locales, cf. *infra.*, Titre 2, Chapitre 3).

337. CAA Lyon, 26 juin 2008, *Avrillier c/ Commune de Grenoble*, *op. cit.*

338. Il s'agit d'une application dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales de la théorie du bilan, élaborée par le Conseil d'État pour apprécier la validité des opérations d'expropriation, et qui est progressivement étendue à d'autres champs du droit administratif (cf. CE, 28 mai 1971, *Société Ville nouvelle Est*, Rec. 409, GAJA, p. 623 et s.).

339. En l'espèce, la cour relève que le Conseil municipal de la Ville de Grenoble n'a pas entaché sa décision d'erreur manifeste d'appréciation car, « faute d'acquiescer le capital de la société SGEA et d'en avoir pris le contrôle, la société SEG se serait exposée à verser une somme de 43 700 000 francs au titre de l'indemnité de résiliation susmentionnée ; que, dès lors, le rachat des actions au prix de 21 850 000 francs doit être regardé, à supposer même que ce prix soit supérieur à la valeur réelle de ces actions, comme ayant permis à la société SEG de réaliser une économie d'un montant équivalent ».

nécessité de satisfaire un besoin collectif de la population locale »³⁴⁰. Le rapprochement avec la jurisprudence traditionnelle du juge administratif relative aux modalités de l'interventionnisme public économique est indéniable.

221. L'objet social des sociétés d'économie mixte locales doit refléter les compétences de leurs actionnaires majoritaires. Le juge administratif fait une application rigoureuse de ce principe, veillant à ce que la société n'excède pas ce champ d'intervention, que ce soit lors de sa création, puis tout au long de la vie de l'entreprise, par le développement d'activités complémentaires ou par des prises de participations et filialisations. *In fine*, ce sont les collectivités territoriales qui sont contrôlées pour s'assurer qu'elles n'excèdent pas le champ de leurs compétences par une utilisation abusive de la technique de l'économie mixte locale. Cette dernière apparaît dès lors comme une technique d'intervention indirecte des collectivités territoriales dans le domaine économique³⁴¹, technique qui leur permet, parfois, d'étendre leurs interventions à des domaines apparemment éloignés de leurs compétences.

SECTION 2

L'OBJET SOCIAL, REFLET IMPARFAIT DES COMPÉTENCES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

222. Mettant en avant leur autonomie, même relative, les sociétés d'économie mixte locales développent des activités qui ne reflètent, parfois, qu'imparfaitement les compétences des collectivités territoriales actionnaires. Cette pratique est rendue possible par une certaine bienveillance des juges administratifs et financiers et est, de temps en temps, encouragée par le législateur. L'autonomisation des sociétés d'économie mixte locales reste cependant relative. Elle transparaît tant par l'assouplissement du lien entre l'objet social et la compétence des collectivités territoriales (§ 1) que par le dépassement des compétences des collectivités territoriales lié au recours aux sociétés d'économie mixte locales (§ 2).

§ 1. L'ASSOUPPLISSEMENT DU LIEN ENTRE OBJET SOCIAL ET COMPÉTENCE

223. L'assouplissement du lien entre objet social des sociétés d'économie mixte locales et compétences des collectivités territoriales actionnaires est favorisé

340. CRC Île-de-France, ROD 19 mars 2009, *Commune de Levallois-Perret*, p. 28 : en l'espèce, la commune avait créé, *via* une filiale détenue en intégralité par une société d'économie mixte locale, un groupe de sociétés à caractère purement lucratif.

341. La loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4226) est éclairante sur ce point. Les sociétés d'économie mixte locales de Nouvelle-Calédonie sont soumises à un régime dérogatoire du code général des collectivités territoriales, issu de la loi de 1999. À ce titre, l'article 8-XII de la loi prévoit que « sont exclues, sauf autorisation prévue par arrêté du haut-commissaire de la République, toutes participations dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services de la Nouvelle-Calédonie, des provinces ou de leurs établissements publics ou des activités d'intérêt général ». Le législateur précise que la filialisation ne peut être réalisée – sauf dérogation expresse – que dans l'intérêt direct des actionnaires publics.

par l'interprétation souple de leurs conditions d'intervention, tant en ce qui concerne le champ matériel (I) que territorial (II) de la compétence des collectivités territoriales actionnaires.

I. L'INTERPRÉTATION SOUPLE DE LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

224. Le développement d'activités complémentaires par les sociétés d'économie mixte locales a été l'occasion, pour le juge administratif, d'affirmer une certaine souplesse dans l'interprétation de la notion de compétence des actionnaires majoritaires. Lors de son contrôle de la SAEML Reims Champagne Congrès Expo par exemple, le juge administratif s'est assuré que la prise en charge de prestations touristiques par la société, en complément de son activité principale de gestion du palais des congrès, s'inscrivait dans le cadre de ses compétences légales³⁴². Au regard de la nature des activités exercées, la question posée à la cour était celle de savoir si une société d'économie mixte locale pouvait exercer des activités de vente de séjours touristiques au sens de l'article L. 211-1 et suivants du code du tourisme. Pour reconnaître cette possibilité, le juge se fonde uniquement sur l'existence d'un intérêt public local. Pourtant, l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales impose que l'objet social des sociétés d'économie mixte locales corresponde également à une activité relevant du domaine de compétence des collectivités territoriales actionnaires. Le juge administratif ne s'interroge pas sur le point de savoir si, intrinsèquement, une telle société peut être chargée de ce type de mission. Il semble procéder par analogie avec la situation des offices de tourisme créés sous la forme d'établissement public industriel et commercial, dont l'intervention est justifiée dès lors qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie³⁴³. Le décalque de ce raisonnement aux sociétés d'économie mixte locales est cependant discutable. La vente de séjours touristiques par des offices de tourisme relève en effet d'une compétence légale³⁴⁴. Reconnaître la possibilité pour une société d'économie mixte locale d'exercer une telle activité revient donc à se demander si, par son entremise, « une collectivité territoriale [peut] effectuer des opérations d'organisation et de vente de séjours »³⁴⁵. Si la fourniture de ces prestations par un établissement public s'appuie sur une compétence légale expresse, il n'est pas certain que le juge validerait la prise en charge directe de telles activités par une collectivité territoriale, car en matière touristique les collectivités territoriales ont toujours eu un rôle de promotion et d'encadrement, davantage que de fourniture de prestations. Dans les circonstances de l'espèce, la reconnaissance d'une compétence communale serait d'autant plus étonnante que l'activité exercée par la société était soumise à

342. CAA Nancy, 14 juin 2007, *Société anonyme d'économie mixte Reims champagne congrès expo*, *op. cit.*, confirmé par CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyages (SNAV)*, *op. cit.*

343. CAA Marseille, 10 janvier 2006, *Chambre syndicale des agents de voyages de la région Côte d'Azur*, Req. 02MA00906, *AJDA*, 2006, p. 1723 et s., note Claeys.

344. Article L. 133-1 et suivants du code du tourisme (sur cette question, cf. JÉGOUZO (L) - L'évolution des offices de tourisme : du privé au partenariat public-privé - *RFDA*, 2007, p. 354 et s.).

345. CLAMOUR (G) - Vente de séjours touristiques par une SEM et liberté du commerce et de l'industrie - Note sous CAA Nancy, 14 juin 2007, *Société anonyme d'économie mixte Reims champagne congrès expo* - *AJDA*, 2007, p. 1933.

un agrément préfectoral³⁴⁶. Reconnaître une compétence communale est excessif car le juge concentre son analyse sur le fonctionnement de la société, sans affirmer son caractère transparent. Néanmoins, cette jurisprudence illustre la tendance des collectivités territoriales à utiliser les sociétés d'économie mixte locales pour investir des domaines dans lesquelles elles ne pourraient pas forcément justifier une intervention directe.

225. L'assouplissement du lien entre objet social et compétence favorise le développement d'une nouvelle pratique de l'économie mixte locale. Ainsi, dans le domaine de l'énergie, deux sociétés d'économie mixte locales, la société Gaz et électricité de Grenoble (GEG) et la Société de revente d'électricité et de gaz, d'investissement et d'exploitation en énergie et de services (Soregiès), ont décidé de mettre en commun leurs compétences en créant une nouvelle société, la SAS Alterna, dont elles détiennent plus de 80 % du capital³⁴⁷, conjointement avec d'autres entreprises locales de distribution d'électricité et de gaz au sens de la loi du 3 janvier 2003³⁴⁸. L'entreprise, constituée autour de vingt entreprises de toute nature – sociétés d'économie mixte locales, régies personnalisées, etc.³⁴⁹ – propose, sur l'ensemble du territoire, des offres concurrentes à celles des opérateurs nationaux en faisant profiter ses clients de l'expérience de ses membres. Le juge administratif n'a pas été saisi de la question de la validité de l'opération de filialisation, mais de forts doutes peuvent être émis quant à la compétence d'une collectivité et à l'existence d'un intérêt public local permettant de constituer ou d'adhérer à un réseau national de fourniture d'énergie concurrençant les entreprises du secteur. L'interprétation souple de la notion de compétence des collectivités territoriales permet également aux sociétés d'économie mixte locales de ne pas limiter le champ de leur activité au territoire de leurs actionnaires.

II. L'INTERPRÉTATION SOUPLE DE LA COMPÉTENCE TERRITORIALE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

226. De plus en plus de sociétés d'économie mixte locales développent des activités complémentaires à leur objet social dans une finalité purement économique. Elles ne sortent pas du cadre légal de leur compétence, mais utilisent certains moyens mis à leur disposition, parfois dans un cadre contractuel, à des fins purement privées. L'exemple de la Société d'économie mixte locale Vercors Restauration est topique. Créée par la Commune de Fontaine pour assurer les

346. L'agrément préfectoral a été supprimé par la loi (n° 2009-888) du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques (*JORF*, 24 juillet 2009, p. 12352, *JCP G*, septembre 2009, AR 281, comm. Markus). Désormais, toutes les personnes publiques et privées peuvent exercer des activités de prestation touristique (Sur le rôle dévolu aux collectivités territoriales en matière de prestations touristiques, cf. JÉGOUZO (L.) - Les collectivités territoriales et le tourisme : faut-il modifier la répartition des compétences ? - *Dr. Adm.*, août 2009, étude 16).

347. Créée le 30 juillet 2005, la société est principalement détenue par la Soregiès, la société GEG lui ayant cédé ses parts courant 2006 (source : Rapport annuel du conseil d'administration de la société GEG pour 2009, p. 15).

348. Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, *JORF*, 2003, 4 janvier 2003, p. 425.

349. Pour une illustration de l'adhésion d'une régie, transformée pour l'occasion en société d'économie mixte locale, à Alterna, cf. CRC Aquitaine, ROD 18 avril 2008, *Régies d'Aire-Sur-Adour*, n° 1.

besoins communaux de restauration collective, elle exerce son activité à titre principal dans le cadre d'une délégation de service public, par laquelle la commune met à sa disposition une cuisine centrale. « Organisme sur mesure »³⁵⁰, dont la commune est seule actionnaire public avec 80 % du capital, elle dépasse pourtant largement son domaine de compétence territoriale. L'essentiel de ses ressources ne provient pas de l'exécution de la délégation de service public, mais du développement complémentaire d'une activité de production et de livraison de repas préparés à divers organismes publics ou privés non-actionnaires³⁵¹. Ce développement conduit la société à étendre son influence sur une trentaine de communes, parfois distantes de près de cinquante kilomètres. La Chambre régionale des comptes de Rhône-Alpes semble hésitante face à cette situation. Elle relève le paradoxe des relations institutionnelles : alors que la société a été créée par la commune pour la satisfaction de ses besoins, cette activité est devenue quantitativement marginale. L'activité présente bien un caractère de complémentarité normale au sens de la jurisprudence administrative car elle ne nécessite pas de moyens supplémentaires, la cuisine étant surdimensionnée par rapport aux besoins de la commune. Le choix de l'économie mixte locale n'est pas neutre, et révèle la recherche d'une intervention indirecte de la collectivité dans le secteur concurrentiel par le développement d'une activité fortement économique³⁵².

227. La pratique, parfois extensive, de l'économie mixte locale, souligne un certain assouplissement du lien entre objet social et compétence des collectivités territoriales actionnaires. Le législateur permet dans certains cas le dépassement des compétences par le recours aux sociétés d'économie mixte locales.

§ 2. LE DÉPASSEMENT DES COMPÉTENCES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES PAR LE RECOURS AUX SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

228. Le code général des collectivités territoriales autorise parfois le dépassement du domaine de compétence des collectivités territoriales par le recours aux sociétés d'économie mixte locales. Sans avoir ce dépassement pour objet, il le circonscrit afin que les sociétés d'économie mixte locales ne deviennent pas un instrument favorisant le contournement des principes de répartition des compétences. La logique instrumentale de l'économie mixte locale devient un facteur d'extension des compétences des collectivités territoriales actionnaires, par le maintien d'une participation des collectivités territoriales au capital des sociétés relevant de compétences transférées à des établissements publics de coopération

350. CRC Rhône-Alpes, ROD 11 avril 2005, *Société d'économie mixte Vercors Restauration*, n° 1.1.1.

351. Entre 1997 et 2002, la part d'activité réalisée sur le territoire de la Commune de Fontaine a été réduite de 65 à 29 % en volume et de 81 à 52 % en valeur (*idem*, p. 28). Dans le même temps, la part de la délégation de service public a considérablement diminué, tant en volume (46 % des quantités en 1997, 21 % en 2002) qu'en valeur (70 % du chiffre d'affaires total en 1997, 43 %) (*idem*, p. 8).

352. La Commune de Fontaine revendique cette approche, en reconnaissant que le choix de la société d'économie mixte locale était conditionné à la possibilité de vendre les surplus de production en dehors du territoire communal. La question de la création d'une régie s'était posée, mais avait été rejetée pour cette raison (*idem*, n° 1-1).

intercommunale (I) et le développement de sociétés intervenant pour le compte d'établissements de santé (II).

I. LA PRÉSERVATION DE L'ACTIONNARIAT DANS LES SOCIÉTÉS AGISSANT DANS LE CADRE DE COMPÉTENCES TRANSFÉRÉES À UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC DE COOPÉRATION INTERCOMMUNALE

229. La création d'une structure intercommunale entraîne un transfert, par les communes qui en sont membres, des compétences afférentes à la spécialité du nouvel établissement public³⁵³ qui bénéficie alors d'un principe d'exclusivité d'exercice³⁵⁴. Lorsqu'une société d'économie mixte locale est créée par un groupement de collectivités territoriales, le contrôle de l'objet social est simple et porte sur l'existence d'une compétence transférée³⁵⁵. Par contraste, lorsque la société préexiste le groupement et a pour objet social une compétence transférée à celui-ci, les collectivités territoriales devraient, « en toute logique »³⁵⁶, céder leurs participations au groupement. Elles n'ont en effet plus la compétence pour exercer les activités qui relèvent désormais de l'établissement public de coopération intercommunale. Le juge financier salue les cas dans lesquels les communes se retirent du capital d'une société dont l'objet social correspond à une compétence transférée car selon l'article L.1521-1 du code général des collectivités territoriales, l'objet social « doit être rattaché aux compétences des collectivités locales actionnaires »³⁵⁷. Lorsqu'elles ne le font pas d'elles-mêmes, le juge les rappelle à cette obligation³⁵⁸.

353. Sans qu'il soit besoin de distinguer entre les compétences exercées obligatoirement par des établissements publics de coopération intercommunale (en vertu de la loi), optionnellement (elles sont choisies parmi certains groupes de compétences prévus par la loi) ou facultativement (dont le transfert n'est pas organisé par la loi) (cf. Le MESTRE (R) - *Droit des collectivités territoriales* - Paris, Gualino éditeur, 2004, p. 208-210 ; IMBERT (L), JANICOT (L) - *Coopération intercommunale. Règles communes* - op. cit., n° 124).

354. Le principe du dessaisissement des communes a été reconnu très tôt par le Conseil d'État (cf. à titre illustratif, CE, 10 août 1917, *Commune de Vivonne*, Rec. 634) et confirmé dans la décision *Commune de Saint-Vallier* (CE, 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier* - Rec. 583, *Rev. adm.*, 1970, p. 530 et s., note Liet-Veaux). L'article L. 5211-5 III du code général des collectivités territoriales prévoit d'ailleurs que « l'établissement public de coopération intercommunale est substitué de plein droit, à la date du transfert des compétences, aux communes qui le créent dans toutes leurs délibérations et tous leurs actes ». Sur la question de l'exclusivité des compétences des structures de coopération intercommunale, cf. RIBOT (C) - *La dynamique institutionnelle de l'intercommunalité* - Thèse, Université Montpellier I, 1993, p. 303-306 ; IMBERT (L), JANICOT (L) - op. cit., n° 124.

355. Sur l'étendue des compétences des établissements publics de coopération intercommunale pour créer des sociétés d'économie mixte locales, cf. BENCHENDIKH (F) - La maîtrise communale des compétences intercommunales par le biais des SEM. Analyse critique de l'article L. 1521-1 alinéa 2 du CGCT - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 179 et s. Pour une illustration, cf. CRC Champagne-Ardenne, ROD 27 juillet 2000, *Communauté d'agglomération de Châlons-en-Champagne*, p. 2 : la chambre note que « le district est intervenu dans le domaine du sport de haut niveau (SEM Espé-Basket) [...] ou encore de celui du développement économique (SEM Europort Vatry) sans en avoir la compétence, celle-ci n'étant même pas prévue dans les statuts initiaux ».

356. SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 927.

357. CRC Lorraine, ROD 23 janvier 2004, *Société d'économie mixte des transports en commun de la région messine (TCRM)*, n° 2.2.1.

358. CRC Lorraine, ROD 7 octobre 2005, *Société d'économie mixte TRANSFENSCH*, n° 2.2.3.

230. L'obligation pour les communes de transférer leur participation aux établissements publics de coopération intercommunale s'est pourtant heurtée à une pratique récurrente des collectivités territoriales consistant à maintenir leur actionnariat malgré la création du groupement³⁵⁹. La création de sociétés par des communes dans un domaine de compétence transféré a même été validée par le ministre de l'Intérieur, à la condition qu'elle ne constitue pas « un moyen détourné de contourner la dévolution de compétences opérée au profit de l'établissement de coopération intercommunale »³⁶⁰. Pour cela, le juge administratif impose l'association des collectivités territoriales et de leurs groupements pour la gestion de la société³⁶¹. Reconnaisant implicitement la validité d'une telle opération, le Conseil d'État a d'ailleurs reconnu qu'une telle société pouvait exercer son activité sur le territoire des communes et de leurs groupements actionnaires³⁶².

231. La loi du 2 janvier 2002³⁶³ a confirmé et encadré la position du juge administratif, adjoignant un second alinéa à l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, autorisant les collectivités territoriales à conserver une part de leur actionnariat dans le capital d'une société d'économie mixte locale, alors même que son objet social correspond à l'exercice d'une mission transférée à un établissement public de coopération intercommunale. Plus précisément, elles doivent céder plus des deux tiers des actions détenues dans l'entreprise. Le législateur reconnaît la domination institutionnelle des établissements publics de coopération intercommunale, mais permet incidemment aux collectivités territoriales de participer au capital de sociétés commerciales intervenant hors de leur domaine de compétence. Le contrôle ne porte plus sur la possibilité de conserver des actions, mais sur la réalité du transfert de la majorité du capital au groupement.

232. La cession de plus des deux tiers du capital social est présentée comme une compensation minimale à la violation du principe de l'exclusivité des compétences transférées. Elle prémunit les actionnaires majoritaires légitimes du risque que les collectivités territoriales conservent une minorité de blocage³⁶⁴. « Compromis curieux »³⁶⁵ entre l'application stricte du principe de l'exclusi-

359. La Cour des comptes a eu l'occasion de relever que « la Ville de Dieppe reste actionnaire d'une société d'économie mixte dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a transférée à un EPCI. Elle continue à participer au capital de cette société sans avoir cédé à la communauté plus des deux tiers des actions qu'elle détenait antérieurement au transfert de compétence, à l'encontre de ce que prévoit la loi (article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales) ». Pour autant, la constatation de cette violation conduit les collectivités territoriales concernées à régulariser leur situation, comme dans le cas de la ville de Dieppe. Cour des comptes - *L'intercommunalité en France* - Rapport public particulier - Paris, Éditions du Journal officiel, 2005, p. 160.

360. Rép. min. à QE, n° 7848, *JO Sénat Q*, 5 avril 1990, p. 723.

361. TA Versailles, 12 octobre 1993, *Commune de Reau c/ Syndicat d'agglomération nouvelle de Sénart et Préfet de Seine-et-Marne*, Rec. tables 663.

362. CE Avis, Sect. intérieur, 19 décembre 1995, n° 358.102, *Rapport public du Conseil d'État*, EDCE, 1995, p. 428 et s.

363. Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121.

364. GIROD (J-P) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois sur la proposition de loi sur la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 77, p. 47.

365. Le code général des collectivités territoriales permet aux communes « de maîtriser les compétences transférées à l'organe intercommunal alors que l'un des objectifs de la loi du 12 juillet 1999 était de renforcer la coopération intercommunale » (BENCHENDIKH (F) - *op. cit.* - p. 180).

vité des compétences transférées et l'interprétation qui en a été faite, l'article L. 1521-1 du code permet l'extension de la sphère d'influence des communes au-delà de leur domaine de compétence. En conséquence, rares sont les collectivités territoriales qui renoncent, même partiellement, à leur actionnariat³⁶⁶ et les chambres régionales et territoriales des comptes relèvent régulièrement le refus ou l'oubli des actionnaires majoritaires de procéder à la cession³⁶⁷. Replacée dans le contexte des relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, cette extension des compétences communales illustre la réticence des collectivités territoriales à perdre leur domination sur des structures dédiées, fût-elle au bénéfice d'une autre personne publique dont elles font partie. Elle s'explique par la proximité institutionnelle avec les sociétés d'économie mixte locales : structures dédiées à la réalisation de missions d'intérêt général, les collectivités territoriales cherchent à en prendre le contrôle dès lors qu'elles exercent leurs activités sur leur territoire, même partiellement³⁶⁸.

233. Les effets de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales quant à l'intervention des collectivités territoriales dans des domaines ne relevant pas de leurs compétences ne doivent pas être surestimés. Après la cession de plus des deux tiers de leur capital, les collectivités territoriales sont largement minoritaires au sein de la société et ne disposent plus de la minorité de blocage. Cette influence n'est cependant pas négligeable. Elles sont libres de déterminer la proportion du capital qu'elles cèdent – dans la limite des deux tiers – sans que le groupement puisse contester cette décision. Elles peuvent ainsi se rendre indispensables au fonctionnement de la société en privant l'établissement public de la détention, à lui seul, de la majorité du capital. Dans cette hypothèse, le groupement devrait obtenir l'aval des anciens actionnaires majoritaires pour les opérations les plus importantes de la société. L'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales favorise également leur incursion hors de leurs domaines traditionnels de compétence, par la création de sociétés d'économie mixte locales intervenant pour le compte d'établissements de santé.

366. Pour des illustrations de cession de plus des deux tiers du capital social, cf. CRC Lorraine, ROD 14 avril 2005, *Société d'économie mixte Foire Internationale de Metz (FIM)*, n° 2.2 ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 21 juillet 2008, *Société d'équipement de Nîmes Métropole (SENUM)*, p. 2.

367. À titre illustratif, cf. CRC Haute-Normandie, ROD 16 mars 2005, *Société d'économie mixte de l'agglomération dieppoise (SEMAP)*, p. 2, cité par la Cour des comptes comme un exemple d'exercice par les communes de compétences transférées (in - *L'intercommunalité en France* - Rapport public particulier - Paris, Éditions du Journal officiel, 2005, p. 160) ; CRC Bourgogne, ROD 10 novembre 2006, *Société anonyme d'économie mixte Loire et Nohain*, p. 4 ; CRC Aquitaine, ROD 8 décembre 2006, *Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement du Lot-et-Garonne - SEM 47*, p. 2) ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 31 janvier 2007, *Société anonyme d'équipement du littoral de Thau (SA ELIT)*, p. 15 ; CRC Pays de la Loire, ROD 15 janvier 2010, *Société d'économie mixte d'aménagement de la Région d'Angers (SARA)*, n° 1 ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 17 février 2010, *Société d'économie mixte d'aménagement de Carnon Mauguio Étang de l'Or (SEM ACMEO)*, n° 2-1.

368. Cette position transparaît du texte même de la proposition de loi dont est issue la loi du 2 janvier 2002. Pour ses instigateurs, « la présence [de la commune] aux côtés du groupement compétent est pleinement justifiée, en effet, lorsque l'activité de la SEM intéresse directement le territoire de la collectivité » (BIZET (J-F) - *Proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 1999-2000, Texte n° 455).

II. LE DÉVELOPPEMENT DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES INTERVENANT POUR LE COMPTE D'ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ

234. L'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales autorise les collectivités territoriales à créer des sociétés d'économie mixte locales chargées, à titre principal, de la réalisation de mission de « conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux » au profit d'actionnaires minoritaires ou de tiers non-actionnaires. Le bénéfice de cette intervention, d'abord limité aux seuls établissements publics de santé³⁶⁹, a par la suite été étendu à tous les établissements de santé ainsi qu'aux établissements sociaux ou médico-sociaux et aux groupements de coopération sanitaire³⁷⁰. L'actionnariat public majoritaire aboutit, *de facto*, à l'implication des collectivités territoriales actionnaires dans la réalisation d'opérations ne relevant pas du champ de leurs compétences telles que l'investissement³⁷¹, l'aménagement et la location de locaux d'une clinique privée³⁷², ou encore la gestion de maisons de retraite³⁷³. L'article L. 1521-1 du code donne compétence à une collectivité territoriale pour créer une société chargée de répondre aux besoins d'un établissement public ou privé de santé. Le développement de ces sociétés reste cependant limité et la Fédération des entreprises publiques locales ne recense que vingt-quatre sociétés orientées, à titre principal ou accessoire, vers des missions de santé³⁷⁴. L'invitation des collectivités territoriales à s'impliquer dans la coopération hospitalière était claire³⁷⁵. La loi du

369. Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, *JORF*, 6 septembre 2003, p. 15391.

370. Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, 11 août 2004, p. 14277. L'établissement de santé est une catégorie juridique regroupant les établissements publics de santé (hôpitaux) et les établissements privés de santé (cliniques). Il se distingue de l'établissement social ou médico-social quant à la nature des contrôles exercés : alors que les premiers sont contrôlés par l'État, les seconds relèvent des départements. Toutefois, cette distinction s'estompe, en particulier depuis l'adoption de la loi n° 2009-879 du 25 mars 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST), qui crée les agences régionales de santé, autorité centrale de tutelle et de planification de l'ensemble des établissements de santé et des établissements médico-sociaux. Le rôle des agences se manifeste surtout par le fait qu'elles ont la complète maîtrise des schémas d'organisation sociale et médico-sociale dans lesquels les différents établissements ont vocation à s'intégrer. Le groupement de coopération sanitaire est une structure de coopération institutionnelle entre les établissements publics de santé et les établissements privés de santé chargés d'une mission de service public (il peut être doté d'une personnalité morale de droit public ou de droit privé) (cf. TRUCHET (D) - *Droit de la santé publique* - Paris, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 125-126 ; MOQUET-ANGER (M-L) - *Droit hospitalier*, Paris, LGDJ, 2010, n° 113-118).

371. Par exemple la Société d'économie mixte d'investissement pour la clinique des trois frontières, dont l'objet social consiste dans l'acquisition de la clinique et sa mise à disposition par bail à une SAS qui en assure l'exploitation (source : Annuaire des entreprises publiques locales, www.lesepl.fr).

372. CRC Centre, ROD 20 octobre 2006, *Société d'économie mixte* 36, p. 19-20.

373. Par exemple la Maison d'accueil pour personnes âgées dépendantes (MAPAD 81), la Société anonyme d'économie mixte Le Prieuré, la Société anonyme d'économie mixte locale Belle Visite, ou encore la Société d'économie mixte de l'Accueil ville sanctuaire de Lourdes (source : Annuaire des entreprises publiques locales, www.lesepl.fr).

374. Source : Annuaire des entreprises publiques locales, www.lesepl.fr.

375. LEVOYER (L) - La participation des collectivités territoriales au financement des politiques locales de santé - *JCP ACT*, sept. 2009, étude 2225, n° 19.

25 mars 2009³⁷⁶ renforce encore ce mouvement en incitant les collectivités territoriales à financer des politiques publiques de santé³⁷⁷. Le développement de ces sociétés est cependant limité³⁷⁸ dans la mesure où les établissements de santé, et en particulier les établissements publics, peuvent recourir aux services de sociétés d'économie mixte locales non spécialisées, par la voie contractuelle, dès lors que les missions qu'elles souhaitent leur confier s'inscrivent dans le cadre d'activités complémentaires à leur objet social principal³⁷⁹. L'existence de ces sociétés spécialisées ne dénature pas le principe selon lequel l'objet social d'une société d'économie mixte locale est lié à une compétence appartenant à ses actionnaires majoritaires.

235. L'objet social des sociétés d'économie mixte locales doit, par principe, relever d'un ou de plusieurs domaines de compétence de ses actionnaires majoritaires. Cette liaison entre compétence et objet social est l'une des marques de la domination institutionnelle exercée par les collectivités territoriales actionnaires. Elle place les sociétés dans une situation d'infériorité, apparaissant davantage comme des démembrements des collectivités que comme une entité véritablement autonome et disposant d'une capacité propre. Cette liaison n'est cependant pas absolue et les sociétés d'économie mixte locales développent des activités ne relevant pas, ou seulement indirectement, du champ des compétences de leurs actionnaires majoritaires. Cette marque d'autonomisation des sociétés d'économie mixte locales illustre l'ambivalence des relations institutionnelles, mais ne doit cependant pas être exagérée. Intervenant à la marge, elle n'affecte pas le principe général de domination institutionnelle. Elle en tempère les effets parfois trop absolus, rappelant la nature de société commerciale des sociétés d'économie mixte locales. Elle est d'autant plus limitée dans sa portée que la domination des actionnaires majoritaires ne se limite pas à la détermination de l'objet social mais s'étend aux modes de fonctionnement de la société.

376. Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 22 juillet 2009, p. 12184.

377. L'article L. 1433-6 du code de la santé publique dispose en ce sens que les ressources des agences régionales de santé sont notamment composées « des versements de collectivités territoriales », sur une « base volontaire ». La loi de 2009 a également laissé subsister l'article L. 1424-1 du code de la santé publique, initié par la loi du 9 août 2004, qui permet aux régions de financer, sur fonds propres, des actions de santé. Étant donné la place limitée des collectivités territoriales dans la nouvelle organisation sanitaire, ces dispositifs resteront très certainement limités (sur ce point voir LEVOYER (L.) - *op. cit.* - n° 22 et s.).

378. Ramenées aux statistiques nationales, les sociétés d'économie mixte locales intervenant dans le secteur de la santé représentent à peine plus de 2 % de l'ensemble des sociétés d'économie mixte locales.

379. En particulier, les établissements publics font régulièrement appel à des sociétés d'économie mixte locales pour la réalisation d'opérations d'aménagement ou de construction (en ce sens, cf. notamment, CRC Haute-Normandie, ROD 9 août 2002, *Centre hospitalier régional universitaire de Rouen* (mission d'aménagement) ; CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 1^{er} septembre 2004, *Centre hospitalier de Carpentras* (délégation de maîtrise d'ouvrage) ; CRC Champagne-Ardenne, ROD 15 juin 2005, *Centre hospitalier de Romilly-sur-Seine* (délégation de maîtrise d'ouvrage).

Chapitre 2

LA MAÎTRISE DE L'ORGANISATION DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

236. Les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales n'altèrent pas les modalités d'organisation interne des sociétés. Elles revêtent la forme de sociétés commerciales¹, sont dotées d'un capital social et sont organisées autour d'organes délibérants². La domination des collectivités territoriales est garantie par la détention de la majorité du capital social ainsi que de la majorité des sièges dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales³. Le législateur reprend ainsi un double critère d'appartenance au secteur public, pourtant abandonné par le juge administratif⁴. La prééminence des collectivités territoriales dans la composition du capital social (Section **I**) se double de la concentration des pouvoirs de direction au profit des collectivités territoriales (Section 2).



SECTION 1 L'ACTIONNARIAT PUBLIC MAJORITAIRE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

237. En imposant un plancher et un plafond de participation publique, le législateur institutionnalise l'idée d'un partenariat entre le secteur public et le secteur privé au sein de la société d'économie mixte locale. La réalisation de ce partenariat demeure cependant incertaine, les collectivités territoriales n'ayant pas l'obligation de s'associer uniquement avec des personnes privées⁵. En pra-

1. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

2. Sur la question de l'organisation interne des sociétés d'économie mixte locales et de l'application du droit des sociétés, cf. DURAND (G) - Les sociétés d'économie mixte locales - Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 2002, p. 31-41 ; NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 80-121.

3. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

4. CE Ass., 24 novembre 1978, *Schwartz*, Rec. 467, *AJDA*, 1979, p. 34 et s., note Dutheillet de Lamothé. Le juge administratif est revenu sur ce double critère, considérant que l'influence déterminante d'une personne publique sur une entreprise, condition de son rattachement au secteur public, résulte de la seule détention de la majorité du capital social (CE Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la S.F.E.N.A.*, Rec. 436, *RDP*, 1983, p. 497 et s., note Auby).

5. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales : les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent « créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées, et, éventuellement, à d'autres personnes publiques ».

tique, la prééminence des collectivités territoriales dans la composition du capital social (§ 1) entraîne l'atrophie de l'actionnariat privé minoritaire (§ 2).

§ 1. LA PRÉÉMINENCE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LA COMPOSITION DU CAPITAL SOCIAL

238. L'économie mixte n'est pas, en tant que telle, le vecteur d'une prééminence des actionnaires publics. Elle peut prendre plusieurs formes, permettant une participation publique minoritaire aussi bien que majoritaire. Les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales restreignent ces formes de partenariat, car l'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales y est imposé, facilitant la reconnaissance d'une « position dominante au sein de la société »⁶. L'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales est une condition constitutive de l'économie mixte locale (I) et une garantie de l'appartenance des sociétés au secteur public local (II).

I. L'ACTIONNARIAT MAJORITAIRE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, CONDITION CONSTITUTIVE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE

239. Pour assurer la domination des collectivités territoriales sur les sociétés d'économie mixte locales, le législateur a progressivement cristallisé l'idée d'un actionnariat majoritaire des collectivités territoriales (A). Pour garantir cette domination, la catégorie des collectivités territoriales actionnaires est appréhendée d'une façon globale (B).

A. LA CRISTALLISATION DE L'ACTIONNARIAT MAJORITAIRE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

240. La notion d'actionnariat majoritaire des sociétés d'économie mixte locales ne doit pas être confondue avec celle d'actionnariat public. Seules les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent être actionnaires majoritaires, mais, à l'inverse, d'autres personnes publiques peuvent détenir des participations dans ces sociétés. Elles sont assimilées à la catégorie des actionnaires minoritaires pouvant détenir, conjointement avec au moins une personne privée, jusqu'à 49,99 % du capital social. La notion d'actionnariat majoritaire doit être précisée pour permettre la présentation d'un profil type d'actionnaire majoritaire de ces sociétés en France.

241. Le code général des collectivités territoriales ne permet qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements de créer des sociétés d'économie mixte locales⁷. Cette disposition est le résultat de la maturation progressive des relations institutionnelles des collectivités avec les sociétés. Lorsque les décrets-lois de 1926

6. CRC Haute-Normandie, ROD 16 avril 2008, *Société d'économie mixte Valenseine*, p. 2.

7. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

autorisèrent la création des premières sociétés d'économie mixte locales, seules les communes pouvaient en devenir actionnaires⁸. L'économie mixte locale s'inscrivait alors dans le prolongement direct du mouvement du socialisme municipal, permettant aux communes de contourner l'interdiction jurisprudentielle faite aux collectivités de prendre directement en charge une activité économique⁹. Pour autant, les textes de 1926 n'ont pas créé des sociétés d'économie mixte locales au sens moderne du terme, d'une part parce que la participation publique était limitée aux seules communes, et que d'autre part elle devait être inférieure à 40 % du capital social. Les communes ne pouvaient alors qu'apporter leur soutien financier à des projets d'action économique, sans en être les moteurs. Ce « progrès timide »¹⁰ vers la consécration de l'économie mixte locale comme moyen d'intervention économique à part entière était justifié par la crainte que ce procédé ne conduise à détourner les règles de création des régies directes¹¹. L'actionnariat public majoritaire était, en tant que tel, révélateur d'une domination institutionnelle renforcée des actionnaires publics et il est, pour cette raison, interdit.

242. L'actionnariat public minoritaire s'est rapidement révélé un frein au développement de l'économie mixte locale et, dès 1955, le seuil de la participation publique a été élevé à 65 % pour permettre, selon l'exposé des motifs du décret, « d'assurer une meilleure sauvegarde de l'intérêt public et de faciliter le contrôle interne des sociétés »¹². Revenant sur les réticences initiales, le décret favorise l'émergence d'un véritable actionnariat public en consacrant le principe de la domination institutionnelle. Dans le même temps, les départements étaient autorisés à créer des sociétés d'économie mixte locales dans les mêmes conditions que les communes. La prééminence des collectivités restait cependant fragile car l'actionnariat public était limité à 65 % du capital et pouvait toujours être minoritaire. La prééminence des collectivités territoriales actionnaires a été définitivement consacrée par la loi du 7 juillet 1983¹³. Étendant le principe de la participation aux régions et aux groupements de collectivités territoriales, la loi leur imposait la détention de la majorité du capital social, dans une limite augmentée à 80 %. Cette approche a été confirmée lors de la réforme du 2 janvier 2002, le législateur permettant à cette occasion aux actionnaires majoritaires de détenir jusqu'à 85 % du capital social¹⁴.

8. Décret-loi du 5 novembre 1926, loi de décentralisation et déconcentration administrative, *JORF*, 7 novembre 1926, p. 11894 ; décret-loi du 28 décembre 1926, loi relative aux régies municipales réglementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière, *JORF*, 31 décembre 1926, p. 13742. Pour une présentation détaillée de l'évolution historique de l'économie mixte locale en France, cf. *supra*, Introduction.

9. CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333, GAJA, n° 8. Sur le mouvement du socialisme municipal et de la place de l'économie mixte locale dans celui-ci, cf., BIENVENU (J-J), RICHER (L) - Le socialisme municipal a-t-il existé ? - *Revue d'histoire et de droit français et étranger*, 1984, p. 205 et s. ; GUÉRARD (S) - Socialisme municipal et économie mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 121 et s.

10. PRIEUR (M) - *Les entreprises publiques locales* - Paris, Berger-Levrault, 1969, p. 29.

11. En ce sens, cf. CHÉRON (A) - *De l'actionnariat des collectivités publiques* - Paris, Sirey, 1928, p. 417 ; BONNARD (R) - Les décrets-lois du ministère Poincaré - *RDP*, 1927, p. 283.

12. Décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (participation financière ou exploitation directe), *JORF*, 21 mai 1955, p. 5078.

13. Article 2 de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales (*JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099).

14. Article 1^{er} de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales (*JORF*, 3 janvier 2002, p. 121), codifié à l'article L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales.

243. L'obligation faite aux collectivités territoriales d'être les actionnaires majoritaires des sociétés d'économie mixte locales ne doit cependant pas être interprétée dans un sens trop restrictif. Le nombre d'actionnaires majoritaires n'est pas limité, les collectivités territoriales et leurs groupements pouvant détenir ensemble ou séparément la majorité du capital social.

B. L'APPROCHE CATÉGORIELLE DE LA NOTION DE COLLECTIVITÉ TERRITORIALE ACTIONNAIRE

244. En n'imposant pas la désignation d'au moins un actionnaire détenant à lui seul plus de 50 % du capital, le législateur a favorisé l'apparition d'une catégorie homogène d'actionnaires majoritaires : les collectivités territoriales et leurs groupements. Ils exercent, dans leur globalité, l'influence prépondérante sur la société permettant de garantir l'appartenance des sociétés d'économie mixte locales au secteur public local¹⁵. Une seule atténuation à ce principe est envisageable, lorsque la société d'économie mixte locale devient un outil d'une coopération entre collectivités territoriales françaises et étrangères. Le principe de l'exercice d'une influence dominante par l'ensemble des collectivités territoriales actionnaires (1) est limité par l'intégration des collectivités territoriales étrangères à la catégorie des actionnaires majoritaires (2).

1. Le principe de l'exercice collectif de l'influence dominante par les collectivités territoriales

245. Le code général des collectivités territoriales ne prévoit aucune disposition spécifique pour assurer l'homogénéité de l'actionnariat majoritaire des sociétés d'économie mixte locales. L'article L. 1522-1 du code rappelle simplement que les collectivités territoriales et leurs groupements doivent détenir « séparément ou à plusieurs » la majorité du capital social. La répartition du capital social entre les associés publics s'effectue de façon libre, pouvant entraîner de fortes disparités entre les actionnaires. Il en résulte une grande hétérogénéité entre les sociétés d'économie mixte locales, allant des sociétés dont une seule collectivité ou un groupement unique est actionnaire¹⁶, à des sociétés regroupant de nombreuses collectivités¹⁷.

15. Sur le critère de l'influence prépondérante, critère d'appartenance d'une entreprise au secteur public, cf., notamment, COLSON (J-P), IDOUX (P) - *Droit public économique* - Paris, LGDJ, 5^e éd., 2010, n° 1608-1611 ; NICINSKI (S) - *Droit public des affaires* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 678-685.

16. Le plus souvent, il s'agit alors de sociétés d'économie mixte locales mono-communales. Pour des illustrations, cf. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 18 décembre 2002, *Société d'économie mixte de Saint-Tropez (SEMITROP)* ; CRTC Rhône-Alpes, ROD 11 avril 2005, *Société d'économie mixte Vercors Restauration* ; CRC Île-de-France, ROD 6 mars 2009, *Société d'économie mixte de Maurepas (SEMAU)*. Mais il existe également des sociétés départementales, cf. CRC Rhône-Alpes, ROD 10 juin 2002, *Société d'équipement du département de la Drôme (SEDRO)* ; ainsi que des sociétés régionales, cf. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 6 août 2009, *Région Nord-Pas-de-Calais (1^{re} partie)*, à propos du *Fonds régional de garantie (FRG)*.

17. Pour des exemples, cf. CRC Limousin, ROD 18 août 2009, *Société d'équipement du Limousin (SELI)* : société constituée autour de treize actionnaires publics, neuf communes, trois départements et une région ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 17 février 2010, *Société d'économie mixte d'aménagement de Carnon Mauguio Étang de l'Or (SEM ACMEO)* : société constituée autour d'une commune, deux établissements publics de coopération intercommunale et un département.

246. En raison de ses origines historiques, l'économie mixte locale est principalement utilisée par les communes. Elles détiennent, en 2010, 64,2 % de l'ensemble des participations des collectivités territoriales au niveau national, contre 18,6 % pour les établissements publics de coopération intercommunale, 13,7 % pour les départements et seulement 3,5 % pour les régions¹⁸. Les communes et leurs groupements représentent près de 83 % de l'actionnariat majoritaire.

247. Le plus souvent, l'actionnariat public est réparti entre plusieurs collectivités ou groupements, dans des proportions très variables. Dans l'hypothèse d'un morcellement de cet actionnariat, le problème peut se poser de savoir si les collectivités exercent, dans leur ensemble, cette domination ou si le code n'impose pas, implicitement mais nécessairement, une détention majoritaire par l'un des actionnaires. Les juges administratif et judiciaire n'ont jamais, semble-t-il, déclaré contraire à la lettre de l'article L. 1522-1 du code la constitution de sociétés dans laquelle aucune des collectivités n'est actionnaire majoritaire à elle seule. L'approche retenue est clairement catégorielle, les actionnaires majoritaires étant assimilés à un actionnaire unique. La catégorie des actionnaires majoritaires présente une certaine homogénéité, chacun de ses membres étant supposé agir dans l'intérêt commun.

248. Le juge de l'Union européenne a confirmé l'approche catégorielle de l'actionnariat public majoritaire. Lorsqu'il analyse les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales et qu'il cherche à caractériser l'existence d'un lien de dépendance étroit de ces dernières envers leurs actionnaires publics, il recourt à la notion de « contrôle analogue »¹⁹. Pour que la passation d'un contrat puisse être effectuée sans mise en concurrence préalable de la société, il faut notamment que les actionnaires majoritaires exercent sur la société un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. Par le recours au critère du contrôle analogue, la Cour de Justice de l'Union européenne s'assure de l'existence d'un lien de dépendance étroit des collectivités territoriales actionnaires sur la société. Elle considère cependant que le contrôle analogue n'a pas à être démontré pour chaque collectivité, ce qui reviendrait à limiter les possibilités pour les collectivités territoriales de mutualiser leurs services²⁰. Ainsi, le contrôle conjoint de plusieurs collectivités territoriales sur une société peut, malgré tout, être considéré comme analogue à celui exercé par les collectivités territoriales, prises dans leur ensemble, sur leurs services. L'actionnariat public majoritaire est appréhendé de façon globale, les juges considérant que l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs groupements exercent une influence dominante sur les sociétés d'économie mixte locales, malgré d'éventuelles disparités dans la détention du capital. Ce principe est cependant atténué lorsque des collectivités territoriales étrangères se portent actionnaires.

2. L'intégration des collectivités territoriales étrangères à la catégorie des actionnaires majoritaires

249. Les sociétés d'économie mixte locales peuvent être utilisées comme des structures favorisant la coopération des collectivités territoriales ou de leurs

18. Source : statistiques de la Fédération nationale des entreprises publiques locales, www.lesepl.fr

19. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, pt 50. Pour une analyse détaillée des relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, cf. *infra.*, Partie 2.

20. Pour le juge, « il importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel » (CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SPRL*, C-324/07, pt 46).

groupements avec leurs homologues étrangers, principalement dans les zones frontalières²¹. La réalisation d'une telle opération nécessite de déterminer si l'actionnariat de ces collectivités étrangères doit être assimilé à celui des collectivités françaises. Cela reviendrait à nier le fait que, matériellement, ces deux types d'actionnaires ne peuvent exercer les mêmes pouvoirs de contrôle sur la société. Dans le même temps, intégrer ces collectivités dans la catégorie des actionnaires minoritaires serait préjudiciable à l'idée de coopération internationale, l'influence des collectivités étrangères étant, de fait, fortement réduite. Le code général des collectivités territoriales, au terme d'une évolution amorcée depuis 1992, tente de concilier ces deux approches en institutionnalisant une coopération transfrontalière renforcée, mais par la voie contractuelle²².

250. Selon la loi du 6 février 1992²³, la participation de collectivités étrangères était soumise à des obligations contraignantes, la loi imposant notamment la signature de conventions bilatérales avec les États partenaires et limitant l'objet social des sociétés à l'exploitation de services publics. Mais surtout, elle interdisait aux collectivités françaises d'abandonner leur participation majoritaire dans la société tant que durait la coopération. Face à l'échec de la formule, des accords n'ayant même pas été passés avec l'ensemble des États frontaliers, les collectivités territoriales ont imaginé des mécanismes de contournement de la loi, en prenant par exemple des participations dans le capital de sociétés étrangères. Le juge financier a toutefois soulevé les limites de ces opérations au regard du dépassement des compétences des collectivités. Il a par exemple dénoncé les prises de participations majoritaires d'une collectivité française dans le capital d'une société britannique, alors même que celle-ci assurait la liaison maritime entre la France et l'Angleterre²⁴. Il souligne à cette occasion que « l'alibi de la coopération transfrontalière » ne permet pas de dépasser le champ des compétences des collectivités territoriales²⁵.

251. La loi du 13 décembre 2000 a supprimé ces conditions, ne maintenant qu'une obligation pour les collectivités territoriales françaises d'être majoritaires

21. Sur la coopération transfrontalière, cf. Mission opérationnelle transfrontalière (MOT) - *Guide des projets transfrontaliers. Guide opérationnel et financier à l'attention des porteurs de projets* - Paris, MOT et Caisse des dépôts, 2010, 150 p.

22. En ce sens, cf. l'analyse des conventions transfrontalières réalisées par le juge financier : CRC Rhône-Alpes, ROD 23 décembre 2004, *Société d'économie mixte d'Archamps et du Genevois (SEMAG)*, n° 1.3 ; CRC Lorraine, ROD 22 mars 2005, *Société d'économie mixte des transports urbains du bassin de Longwy (SEMITUL)*, Observation n° 13 ; CRC Lorraine, ROD 7 novembre 2006, *Société d'économie mixte le Couvent Ulrich*, n° 6.1

23. Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JORF*, 8 février 1992, p. 2064.

24. Cour des comptes - Une opération de coopération décentralisée : la relance de la ligne maritime « Dieppe-Newhaven » - *Rapport public annuel 2002* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2002, p. 485-498 ; CRC Haute-Normandie, ROD 13 décembre 2002, *Département de la Seine-Maritime* ; Cour des comptes - La gestion par une collectivité publique de la ligne de transport maritime Dieppe-Newhaven - *Rapport public annuel 2009* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2009, p. 363-386 ; CRC Haute-Normandie, ROD 24 février 2009, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)* ; CRC Haute-Normandie, ROD 12 mars 2009, *Société d'économie mixte locale de coopération transmanche (SEML Transmanche)*.

25. Cour des comptes - *Rapport public annuel 2009* - op. cit., p. 365. Sur le lien entre objet social des sociétés d'économie mixte locales et compétence des collectivités territoriales actionnaires, cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2. Les mêmes critiques sont adressées à la reprise d'une compagnie aérienne assurant la desserte de la Grande-Bretagne depuis la France (CRC Haute-Normandie, ROD 18 novembre 2009, *Département de la Seine-Maritime*).

au sein de la catégorie des actionnaires publics²⁶. Paradoxalement, elle a toutefois amoindri le champ de la coopération à la seule coopération transfrontalière. Cette limitation a été abandonnée par la loi du 2 janvier 2002²⁷.

252. L'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales témoigne de cette évolution. Les collectivités étrangères sont assimilées à la catégorie des actionnaires publics majoritaires, devant détenir la majorité du capital social. Il permet ainsi un véritable partage du capital entre les collectivités françaises et leurs homologues étrangers. Mais il préserve tout de même une certaine domination des actionnaires français, leur imposant de détenir seules la majorité du capital et des voix dans les organes délibérants des actionnaires publics majoritaires. Au sein de la catégorie des actionnaires majoritaires, les collectivités territoriales et leurs groupements conservent la domination de la société, même si, en théorie, leur part effective dans le capital de la société peut avoisiner les 25 % et être inférieure à la minorité de blocage. Dans la pratique, peu de sociétés d'économie mixte locales de coopération internationale ont été créées. Les seuls exemples sont des sociétés de coopération transfrontalière dans lesquelles les participations étrangères ne sont que résiduelles et dépassent rarement 3 % du capital²⁸. Les collectivités n'ont pas encore abandonné leur domination institutionnelle sur les sociétés d'économie mixte locales, même au profit d'autres collectivités territoriales étrangères.

253. L'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales est l'une des conditions constitutives des sociétés d'économie mixte locales. Pour garantir sa pérennité, celui-ci est fortement encadré.

II. L'ACTIONNARIAT MAJORITAIRE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, GARANTIE DE L'APPARTENANCE AU SECTEUR PUBLIC

254. Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent créer des sociétés d'économie mixte locales qu'à la double condition d'en être les

26. Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU), *JORF*, 14 décembre 2000, p. 1977.

27. Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121. Sur l'évolution de la législation, voir les rapports de P. Girod (*Rapport fait au nom de la commission des Lois sur la proposition de loi sur la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 77, p. 48-49 ; *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 6, p. 42-43).

28. Ainsi, l'Intercommunale de développement économique et d'aménagement du territoire du Tournaisis (Belgique) détient 3 % du capital de la SAEM de développement du parc scientifique de la Haute Borne à Villeneuve d'Ascq ; la Commune de Bielsa (Espagne) détient, depuis la fin des années quatre-vingt, 1 % du capital de la SEML d'Aragnouet Piau Engaly qui gère les remontées mécaniques de la station de Piau Engaly dans le Département des Hautes-Pyrénées ; le Canton de Genève détient 0,54 % du capital de la Société d'équipement du département de la Haute-Savoie (Mission opérationnelle transfrontalière (MOT) - *op. cit.*, p. 106). *A contrario*, la société Initialité favorise le développement d'une coopération transfrontalière mesurée : elle permet une coopération entre le Syndicat mixte Thiérache développement, détenant à lui seul 60 % du capital social, et la Province du Hainaut (Belgique) dont la participation s'élève à 14,5 % du capital social. La société permet également la coopération entre actionnaires publics au titre de l'actionnariat minoritaire, l'Association sans but lucratif (ASBL) Hainaut développement détenant 2,5 % du capital. (Sources : rapports annuels des sociétés mentionnées).

actionnaires majoritaires et ceci dans une limite de 85 % du capital²⁹. La prééminence des collectivités territoriales dans les relations institutionnelles suppose l'existence d'un plancher de participation publique, alors que la préservation de l'idée d'économie mixte implique celle d'un plafond à la participation. L'économie mixte locale est en continuelle tension entre ces deux extrêmes, la prééminence des collectivités territoriales ne devant pas conduire à la disparition du partenariat. L'appartenance imposée des sociétés d'économie mixte locales au secteur public a deux conséquences : elle interdit la création de sociétés aux capitaux publics minoritaires (A) et induit l'application du régime légal des privatisations aux sociétés d'économie mixte locales (B).

A. L'INTERDICTION DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE À CAPITAUX PUBLICS MINORITAIRES AU NIVEAU LOCAL

255. Reconnue tant au niveau national³⁰ que dans la plupart des autres États européens³¹, la création de sociétés d'économie mixte à capitaux publics minoritaires est impossible au niveau local. La question de l'actionnariat minoritaire des collectivités territoriales est cependant régulièrement posée, aucune barrière théorique ne pouvant être opposée à cette idée. L'actionnariat public minoritaire fait écho aux origines historiques de l'économie mixte locale en France et à l'adoption tardive de l'obligation d'un actionnariat majoritaire. Ainsi, l'économie mixte locale à capitaux publics minoritaires ne serait pas une utopie ni une révolution, mais une « évolution naturelle » de la réglementation par un simple ajustement technique³². Lors de la première lecture de la loi visant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, l'Assemblée nationale avait d'ailleurs adopté un amendement rabaisant le plancher de participation publique à 34 %, seuil de la minorité de blocage. À l'appui de cette évolution, les députés évoquaient l'idée de faciliter le développement de l'actionnariat privé³³. Cet abaissement risquait, selon le gouvernement, de faire perdre le contrôle effectif de la société par ses actionnaires publics et a finalement été rejeté lors de l'adoption du texte en première lecture³⁴. Le législateur n'a cependant pas abandonné sa position et continue de réfléchir

29. Articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales.

30. DELION (A) - Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? - *RFDA*, 2005, p. 977 et s.

31. La France et le Portugal sont les seuls États à imposer une participation majoritaire des collectivités territoriales. La Grande-Bretagne et l'Italie imposent un plancher de 20 % de participation publique (VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne* - Paris, Dexia, 2004, p. 105-108 et 146-147).

32. MICHEL (J-C) - Des sociétés d'économie mixte locales à capitaux publics minoritaires : utopie, évolution ou révolution ? - *RFFP*, 1996, n° 55, p. 128.

33. En ce sens, cf. DARNE (J) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3137, p. 25.

34. GIROD (P) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 6, p. 16.

à la création de sociétés locales de partenariat, caractérisées par un actionnariat obligatoirement minoritaire des collectivités territoriales³⁵. Les tenants de cette nouvelle conception de l'économie mixte locale soulignent le manque d'attractivité de la formule de l'économie mixte locale pour des personnes privées, le partenariat se réduisant souvent à une collaboration entre personnes publiques ou uniquement avec des actionnaires financiers. Ils soulignent que le code général des collectivités territoriales a « placé les acteurs privés dans la position d'actionnaires figurants, sans rôle ni responsabilités réels, dont la présence ne vise qu'à remplir l'obligation légale de leur réserver 15 % au minimum du capital de la société, alors que son objet social n'intéresse, au sens de l'*affectio societatis* qui est la base du contrat de société, que les collectivités territoriales »³⁶.

256. La critique de l'absence d'implication des actionnaires minoritaires ne saurait être aisément rejetée et la prégnance des personnes publiques sur la structure se fait ressentir jusque dans la composition de l'actionnariat minoritaire³⁷. Ce déséquilibre au profit de l'actionnariat des collectivités territoriales est précisément sous-tendu par la conception de l'économie mixte développée au niveau local. Les sociétés d'économie mixte locales y apparaissent davantage comme des outils des collectivités territoriales destinées à la satisfaction de leurs besoins propres, que comme des sociétés commerciales³⁸. La création de sociétés à capitaux publics minoritaires romprait cette logique utilitariste en affaiblissant les relations institutionnelles. D'ailleurs, il s'agirait bien d'une nouvelle forme d'intervention dans le secteur économique qui ne pourrait se satisfaire d'un assouplissement du régime de la participation publique. La pertinence de la création de telles sociétés est cependant discutable : la pratique de l'économie mixte locale développée par les collectivités territoriales montre que les collectivités s'assurent généralement le contrôle de la société. D'ailleurs, dans les États n'imposant pas de montants minima de participation, la proportion des entreprises ayant un actionnariat privé majoritaire était estimée à 10 % en 1999 et n'a progressé que de 10 % en 2003³⁹. Dans la majorité des États, l'idée même de mixité du capital est inconnue, les collectivités préférant concentrer leur domination sur la société par un actionnariat intégralement public. En France, l'obligation d'un actionnariat majoritaire des collectivités territoriales apparaît dès lors comme une mesure de protection de la domination institutionnelle et de l'appartenance des sociétés au secteur public. L'abandon de la participation publique ne peut résulter que d'une privatisation.

35. BLUM (R) - *Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2009-2010, n° 1915, 8 p. ; DUPONT (J-L) - *Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n° 594, 9 p. Cf. KARPENSCHIF (M) - SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication inter-prétative sur les partenariats public-privé institutionnels (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? - *JCP ACT*, sept. 2009, étude 2230.

36. BLUM (R) - *op. cit.*, p. 2 et 5 ; DUPONT (J-L) - *op. cit.*, p. 2 et 6 (l'exposé des motifs est commun aux deux propositions de loi).

37. Cf. *infra.*, § 2.

38. En ce sens, cf. GARRIGOU-LAGRANGE (J-M) - Les sociétés d'économie mixte, instrument d'interventionnisme des collectivités locales - *L'interventionnisme économique et la puissance publique, Études en l'honneur du doyen Georges Pèquignot*, Montpellier, CREAM, 1984, Tome 1, p. 309 et s.

39. VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *op. cit.* - p. 107.

B. L'APPLICATION DU RÉGIME LÉGAL DES PRIVATISATIONS AUX SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

257. Le régime des transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé est encadré par l'article 34 de la Constitution, selon lequel la loi fixe les règles concernant « les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ». Dans le silence de la loi du 7 juillet 1983, la question des modalités d'application de cette disposition aux sociétés d'économie mixte locales a été discutée. Le silence de la loi pouvait laisser entendre que le législateur n'avait pas souhaité créer de régime spécifique de cession des participations publiques, laissant une entière liberté aux collectivités de vendre leurs actions⁴⁰. Le Conseil d'État a rejeté cette analyse, rappelant dans un premier temps que les sociétés d'économie mixte locales sont des entreprises du secteur public au sens de l'article 34 de la Constitution⁴¹ puis, dans un second temps, qu'un tel transfert « ne peut être effectué qu'en vertu d'une loi », conformément aux dispositions de la Constitution⁴². La loi du 2 janvier 2002 n'ayant pas apporté de précisions nouvelles, les dispositions de la loi du 6 août 1986 demeurent applicables⁴³. En règle générale, la privatisation des sociétés d'économie mixte locales ne pose pas de difficultés, celles-ci entrant dans les seuils prévus par la loi pour la mise en place d'une procédure simplifiée, sans recourir au législateur⁴⁴. Elle est d'ailleurs le plus souvent réalisée lors d'une assemblée générale au cours de laquelle les actionnaires publics décident de céder leurs actions à des tiers, généralement déjà actionnaires de l'entreprise, mettant fin à son existence en tant que société d'économie mixte. L'exemple de la privatisation de la Société Électricité service Gironde (ESG) est topique⁴⁵. Celle-ci avait été conçue comme une structure de partenariat regroupant les personnes publiques et les principaux acteurs du secteur de l'eau et de l'électricité, en vue d'exercer des missions d'assainissement et de distribution de l'eau ainsi que la distribution de l'électricité. Face aux difficultés financières de l'entreprise, la privatisation de la société a été opérée en plusieurs étapes. L'actionnaire minoritaire principal, la Société Synergie-Développement-Services (SDS, filiale d'EDF) a d'abord cédé ses

40. BIZET (J-F), DEVÈS (C) - **Les sociétés d'économie mixte locales** - Paris, Economica, 1991, p. 641.

41. CE, 28 juin 1989, *Syndicat des personnels des industries électriques et gazières de Grenoble* - *CFDT*, Inédit, *RFDA*, 1989, p. 929 et s., conclusions Guillaume, note Lachaume.

42. CE avis, Sect. intérieur, 10 novembre 1993, n° 355 078, *Rapport public du Conseil d'État*, *EDCE*, 1993, p. 349 et s.

43. La circulaire n° 94-88 du 25 février 1994 relative au régime juridique applicable aux cessions d'actions détenues par les collectivités territoriales, dans les sociétés d'économie mixte locales (non publié au *JORF*) précise les modalités pratiques des opérations de privatisation. Elle reprend les dispositions de la loi du 6 août 1986, plusieurs fois modifiées depuis 1994.

44. Les articles 20 à 22 de la loi du 6 août 1986 précisent que la propriété d'une entreprise publique peut être transférée au secteur privé par décret lorsque les effectifs desdites entreprises, augmentés de ceux des filiales dans lesquelles elles détiennent, directement ou indirectement, plus de 50 % du capital social, sont supérieurs à mille personnes au 31 décembre de l'année précédant le transfert ou lorsque le chiffre d'affaires consolidé de ces entreprises et de leurs filiales, telles qu'elles viennent d'être définies, est supérieur à 150 millions d'euros à la date de clôture de l'exercice précédant le transfert. Pour les entreprises dont l'effectif dépasse 2 500 personnes ou le chiffre d'affaires 375 millions d'euros, l'autorisation ne peut être accordée qu'après avis conforme de la Commission de la privatisation.

45. CRC Aquitaine, ROD 12 février 2006, *Société d'économie mixte Électricité service Gironde (ESG)*, en particulier n° 5.

participations à la Société Lyonnaise des eaux (SLE), second actionnaire minoritaire. Puis la collectivité délégante a refusé le renouvellement de la délégation du service public à la Société ESG, lui préférant la SLE. Le juge financier relève alors que « la SEM n'avait plus qu'une fonction administrative et servait de "boîte aux lettres" entre les collectivités territoriales et la SLE » et que « dès lors son existence même était mise en jeu »⁴⁶. Pour achever le processus de privatisation les actionnaires majoritaires ont décidé de la vente, lors d'une assemblée générale, de leur participation à la SLE, transformant la société d'économie mixte en société anonyme à capitaux intégralement privés. La dernière étape de l'opération a eu lieu un an plus tard, la SLE absorbant par fusion la SA ESG.

258. Admise dans son principe, la procédure de privatisation a des effets pratiques radicaux. Les collectivités territoriales et leurs groupements ayant l'obligation de détenir plus de la majorité du capital social, et étant par ailleurs soumis au principe de l'interdiction des participations publiques dans le capital de sociétés commerciales⁴⁷, la privatisation d'une société d'économie mixte locale ne peut que conduire à l'abandon de l'intégralité de la participation publique⁴⁸. Contrairement à l'État qui peut être actionnaire minoritaire d'une société d'économie mixte à capitaux publics minoritaires, les collectivités territoriales ne peuvent conserver leurs actions dans une société qu'à la condition d'en être les actionnaires majoritaires. La différence de traitement entre l'actionnariat des collectivités et celui de l'État résulte de la volonté du législateur d'assurer la prééminence des collectivités sur les sociétés d'économie mixte locales. L'actionnariat majoritaire est l'un de vecteurs de celle-ci. Le partenariat entre secteur public et secteur privé s'en trouve nécessairement déséquilibré au profit des collectivités.

259. Les exemples de privatisation de sociétés d'économie mixte locales sont rares, car la gestion d'activités d'intérêt général par ces sociétés s'inscrit dans la durée. Le recours à l'économie mixte au niveau local n'est pas un procédé temporaire permettant le passage progressif d'une entreprise du secteur public au secteur privé, comme c'est parfois le cas pour certaines grandes entreprises publiques nationales⁴⁹. La plupart des sociétés d'économie mixte locales ont

46. *Idem*, n° 5-3.

47. Article L. 1522-6 du code général des collectivités territoriales (*cf. infra.*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1).

48. Pour un exemple de dissolution d'une société d'économie mixte locale, *cf.*, notamment, la privatisation du *Parc du Futuroscope* en 2000 (CRC Poitou-Charentes, ROD 13 mai 2002, *Département de la Vienne* ; CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope* ; CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Département de la Vienne* ; Cour des comptes - Trois aménagements à vocation culturelle et de loisirs - *Rapport public annuel 2007* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2007, p. 458-505).

49. Les privatisations de France Télécom et de Gaz de France sont particulièrement topiques. France Télécom a été créée à partir de la personnalisation de la régie des P.T.T et de la séparation des activités postales et de télécommunications (loi du 2 juillet 1990). D'abord exploitant public, France Télécom a été transformée en société commerciale à capitaux intégralement publics (loi du 26 juillet 1996), puis en société d'économie mixte à capitaux majoritairement publics (vente d'environ 30 % du capital public entre 1997 et 1998). Finalement, la privatisation a été réalisée courant 2004, l'État devenant actionnaire minoritaire de la société. Créé par la loi du 8 avril 1946, l'établissement public industriel et commercial EDF-GDF a été transformé en deux sociétés commerciales à capitaux intégralement publics par la loi du 9 août 2004. Alors qu'EDF demeure une entreprise du secteur public, dont l'État détient la majorité du capital, la loi du 30 novembre 2006 a ouvert la possibilité de privatiser GDF, celle-ci ayant été réalisée courant 2008 par fusion avec Suez (LOMBARD (M) - Interrogations d'un juriste sur les ambiguïtés de *GDF Suez* - *RJEP*, 2009, étude 9). Sur la respiration du secteur public et

été créées *ex nihilo* et ne sont pas issues de la sociétisation d'une régie ou d'un établissement public local⁵⁰.

260. Le choix de l'économie mixte locale est opéré en raison des avantages intrinsèques de la formule. Les juges relèvent parfois les hésitations des collectivités territoriales quant au mode de gestion de certaines et il peut arriver que les collectivités, après avoir privatisé une société et confié ses missions à des personnes privées par la voie contractuelle, reviennent sur leur décision et créent une nouvelle société d'économie mixte locale si la gestion de l'activité par le tiers n'apparaît pas satisfaisante. Par exemple, la gestion du Parc du Futuroscope a été confiée, dès sa création par le département de la Vienne en 1987, à une société d'économie mixte locale, la Société du Parc du Futuroscope. Celle-ci a connu une période de forte expansion, culminant en 1997 avec l'enregistrement de 2,8 millions de visiteurs. Face au succès de l'opération, le département a décidé de se désengager de l'activité, préférant confier la gestion du parc à une personne privée. La société a été privatisée en 2000, le département conservant cependant la propriété des infrastructures. Le déclin progressif de la fréquentation à partir de 1999 (1,6 million de visiteurs enregistrés en 2002) n'a cependant pas permis d'assurer la pérennité de l'engagement de l'exploitant privé, contraignant le département à choisir entre la reprise de l'activité et la disparition du parc. Celui-ci a finalement décidé de reprendre la gestion sous la forme d'une nouvelle société d'économie mixte locale, associant l'ancien gestionnaire privé à hauteur de 3,6 % du capital. Il aurait pu faire le choix d'une reprise en régie de l'activité ou de la création d'un établissement public⁵¹. L'économie mixte locale a été choisie pour permettre la participation de personnes privées à l'exercice d'une activité qu'elles n'auraient pas nécessairement la capacité d'accomplir seules⁵². Les hésitations des collectivités n'aboutissent cependant pas toujours à privilégier la formule de l'économie mixte locale⁵³.

261. La privatisation des sociétés d'économie mixte locales a des conséquences radicales, entraînant la disparition de l'actionnariat des collectivités

la privatisation des entreprises publiques, *cf.*, notamment, CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* - n° 6-9 ; COLSON (J-P), IDOUX (P) - *op. cit.*, n° 466-486 ; NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 686-689 ; PERROTET (S) - 1986-2006 : Bilan de vingt années de privatisation - *RJEP*, 2008, étude 4.

50. Sur la notion de sociétisation, *cf.* BAILLEUL (D) - Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés - *RJEP*, 2006, p. 105 et s. ; LOMBARD (M) - L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? - *AJDA*, 2006, p. 79 et s.

51. Sur les établissements publics locaux, *cf.*, KARPENSCHIF (M) - Les EPIC dans tous leurs états. Rapport introductif au colloque du 24 avril 2009 - *JCP ACT*, juillet 2009, étude 2197 ; TERNEYRE (P) - Les établissements publics industriels et commerciaux et l'espoir d'un renouveau : les EPIC locaux - *JCP ACT*, juillet 2009, étude 2203.

52. CRC Poitou-Charentes, ROD 13 mai 2002, *Département de la Vienne* ; CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope* ; CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Département de la Vienne* ; Cour des comptes - Trois aménagements à vocation culturelle et de loisirs - *Rapport public annuel 2007* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2007, p. 458-505.

53. Par exemple, la gestion du Festival d'art lyrique d'Aix-en-Provence a d'abord été confiée à une association, puis à une société d'économie mixte locale et enfin à une association dans laquelle les collectivités territoriales ont une forte implication. Le choix de la forme associative s'explique cependant par la nature culturelle de l'activité, pour la gestion de laquelle le recours à une société commerciale n'est pas nécessairement adapté (CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 15 octobre 1995, *Organismes de gestion du festival de musique et d'art lyrique d'Aix-en-Provence* ; Cour des comptes - La gestion du festival de musique et d'art lyrique d'Aix-en-Provence - *Rapport public annuel 1996* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1996, p. 371-376).

territoriales. Paradoxalement, cela ne signifie pas nécessairement la fin de l'économie mixte au sens strict. Est considérée comme telle, toute structure dans laquelle une ou plusieurs personnes publiques ont une participation financière qui se traduit par la détention d'une fraction du capital social⁵⁴. La privatisation d'une société d'économie mixte locale n'entraîne pas nécessairement l'abandon de toute participation publique dans celle-ci. Seules les collectivités territoriales ont l'interdiction de détenir des participations minoritaires. Or, la société d'économie mixte locale permet l'association des collectivités territoriales et de leurs groupements « à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques »⁵⁵. La sortie des collectivités territoriales du capital social n'impose pas que les autres personnes publiques, déjà actionnaires minoritaires, en fassent autant⁵⁶. Les sociétés privatisées peuvent demeurer des sociétés d'économie mixte locales à capitaux publics minoritaires.

262. La prééminence des collectivités territoriales dans les relations institutionnelles avec les sociétés d'économie mixte locales est perceptible à travers les règles d'encadrement de la participation publique. Sociétés à capitaux publics majoritaires, elles n'en demeurent pas moins des structures de partenariat, les collectivités territoriales devant s'associer avec des actionnaires minoritaires. Malgré cet encadrement, la participation publique au capital des sociétés d'économie mixte locales est rarement limitée au seul actionnariat des collectivités territoriales, l'actionnariat privé des sociétés d'économie mixte locales demeurant largement atrophie.

§ 2. L'ATROPHIE DE L'ACTIONNARIAT PRIVÉ MINORITAIRE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

263. Les actionnaires minoritaires peuvent détenir jusqu'à 49,99 % du capital social des sociétés d'économie mixte locales⁵⁷. En moyenne nationale, l'actionnariat minoritaire représente 35 % du capital de l'ensemble des sociétés d'économie mixte locales⁵⁸. Dans la pratique cependant, l'actionnariat des personnes privées ne représente guère plus de 20 % de l'actionnariat en moyenne nationale, les 15 % restants étant détenus par des organismes publics ou parapublics⁵⁹. Le déséquilibre du partenariat entre le secteur public et le secteur privé est d'autant plus important que l'actionnariat privé est souvent morcelé et modique. Au contraire d'un partenariat technique, il se révèle être un actionnariat généralement financier.

264. Le capital minoritaire est principalement réparti entre trois types d'actionnaires : les entreprises (détenant 25 % de l'actionnariat minoritaire), le groupe Caisse des dépôts et consignations (20 %) et les organismes financiers

54. En ce sens, cf. ANTONA (F) - Le concept d'économie mixte en droit - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 31

55. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

56. Sur l'actionnariat public minoritaire des sociétés d'économie mixte locales, cf. *infra.*, § 2, I.

57. Article L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales.

58. Source : statistiques de la Fédération des entreprises publiques locales (www.lesepls.fr).

59. *Idem*.

privés (17 %). Le restant de l'actionnariat est réparti entre l'État et divers organismes publics (5,7 %), d'autres sociétés d'économie mixte locales (3,7 %), les chambres consulaires, les organismes professionnels et les constructeurs sociaux (14 %) et diverses personnes privées, le plus souvent des personnes physiques (14 %) ⁶⁰. Au total, plus de 40 % de l'actionnariat minoritaire appartient à des organismes publics ou parapublics, secteur financier exclu. Le développement de cet actionnariat public minoritaire (I) participe au mouvement d'atrophie de l'actionnariat privé dans les sociétés d'économie mixte locales. Le risque est que l'actionnariat privé soit alors relégué à un rôle purement symbolique (II).

I. LE DÉVELOPPEMENT D'UN ACTIONNARIAT PUBLIC MINORITAIRE

265. L'actionnariat public minoritaire est très varié, allant des chambres de commerce et d'industrie ⁶¹ aux offices publics d'habitation à loyer modéré et aux offices publics d'aménagement et de construction ⁶² en passant par l'Agence française de développement ⁶³. Il est parfois exercé indirectement par des personnes publiques, par le biais d'actionnariats croisés de sociétés d'économie mixte locales dans d'autres sociétés d'économie mixte locales ⁶⁴. Parmi ces actionnaires, le groupe Caisse des dépôts et consignations et les établissements publics locaux

^{60.} *Idem.*

^{61.} La participation des chambres de commerce est généralement faible, ne dépassant pas les 10 % du capital social. L'actionnariat des chambres sert d'appoint et témoigne de l'investissement de l'ensemble des acteurs publics en faveur de la réalisation du projet porté par la société. En moyenne nationale, les chambres et organismes professionnels détiennent 2,8 % du capital social de l'ensemble des sociétés. Pour des illustrations, cf. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 19 novembre 2003, *Société d'économie mixte cannoise d'aménagement et de développement (SEMCAD)* : 3 % ; CRC Île-de-France, ROD 22 septembre 2006, *Société anonyme d'économie mixte d'exploitation du stationnement de la Ville de Paris (SAEMES)* : 3 % ; CRC Île-de-France, ROD 19 février 2007, *Société d'économie mixte de la Ville d'Herblay (SEMVHER)* 6,67 % ; CRC Alsace, ROD 23 février 2007, *Société d'économie mixte des parkings de la Communauté urbaine de Strasbourg* : 5 % ; CTC Nouvelle-Calédonie, ROD 13 novembre 2008, *Société de financement et de développement de la Province Sud (SEML PROMOSUD)* : 2,56 % ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 8 février 2010, *Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (SEMETA)* : 5 %. Elle est cependant parfois très élevée, pouvant dépasser les 30 % (CRC Centre, ROD 31 octobre 2007, *Société d'économie mixte de gestion de l'aéroport de Tours Val de Loire (SEMAVAL)*, p. 3).

^{62.} Ils ont vocation à devenir actionnaires des sociétés de construction et de gestion de logements sociaux. Leurs participations sont parfois très importantes, faisant de l'office public le premier actionnaire minoritaire. À titre illustratif, cf. CRC Bourgogne, ROD 5 juin 2002, *Société d'économie mixte d'aménagement de la Ville de Sens (SEMASENS)* : 3 % ; CRC Centre, ROD 20 octobre 2006, *Société d'économie mixte 36* : 40,63 % ; CRC Lorraine, ROD 7 août 2007, *Société immobilière d'économie mixte de Lunéville* : 9 %.

^{63.} L'Agence française de développement (AFD est un établissement public industriel et commercial. Il est par exemple actionnaires de la Société d'équipement de Tahiti et des Îles (SETIL), chargé à titre principal de l'exploitation de plusieurs aéroports (Tahiti-Faa'a, Bora Bora, Raiatea, Rangiroa, Huahine et Moorea). L'AFD et la Caisse des dépôts et consignations en sont les actionnaires minoritaires principaux, avec 16 % du capital chacun (CTC Polynésie française, ROD 25 janvier 2006, *Société d'équipement de Tahiti et des Îles*).

^{64.} La part de l'actionnariat croisé est cependant relativement faible, représentant 1,3 % du capital de l'ensemble des sociétés (source : Fédération des entreprises publiques locales, www.lesepl.fr). La part de cet actionnariat est très variable : généralement minoritaire (cf. CRC Rhône-Alpes, ROD 17 juillet 2009, *Société d'aménagement des Gets (SAGETS)*, n° 1.1.2 : 5 % à la *SEM Sports et tourisme à Châtel*) il est parfois plus conséquent (CRC Pays de la Loire, ROD 1^{er} août 2006, *Société d'initiative de la région nazairienne (SIREN)*, I : 15,91 % à la *Société nazairienne de développement (SONADEV)*).

de santé ont une place particulière. L'essor du premier en tant qu'actionnaire a été rendu possible par une certaine tolérance du code général des collectivités territoriales (A) tandis qu'au contraire l'émergence des seconds demeure difficile (B).

A. L'ACTIONNARIAT TOLÉRÉ : L'ESSOR DU GROUPE CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS

266. La Caisse des dépôts et consignations est un partenaire institutionnel traditionnel des sociétés d'économie mixte locales, qu'elle détienne directement des participations ou indirectement, par le biais de ses filiales⁶⁵. Le groupe Caisse des dépôts et consignations est l'un des principaux instigateurs du développement de l'économie mixte locale en France. Fin 2008 l'ensemble de son portefeuille représentait 447 participations, soit près de 41 % des sociétés recensées par la Fédération des entreprises publiques locales⁶⁶. La Cour des comptes a dénoncé cette approche « quasi "subventionnelle" » de l'économie mixte locale⁶⁷. Cet actionnariat souffre en effet d'un éparpillement et d'un manque de cohérence, traduisant « la volonté pour la Caisse des Dépôts de répondre avant tout aux sollicitations, parfois dispersées, des collectivités territoriales, sans avoir toujours su faire prévaloir des axes stratégiques »⁶⁸. Consciente de cette difficulté, la Caisse des dépôts s'est engagée dans une politique de réduction de ses participations, se traduisant notamment par l'abandon d'une partie de celles-ci. Cependant, la concentration de l'actionnariat demeure stable, étant ramenée à 445 participations en 2007, puis 442 en 2010. À plus long terme, cette participation est caractérisée par un double mouvement : diminution quant à son volume, la caisse détenant 469 participations en 1996, contre 445 en 2008 et 442 en 2010 ; et dans le même temps valorisation importante de celle-ci, passant de 115 M€ en coût historique en 1996 à 224 M€ en 2010⁶⁹.

267. Les premiers investissements de la Caisse des dépôts et consignations remontent aux années 1950, principalement par le biais de deux filiales⁷⁰. Cette émergence est favorisée par les domaines traditionnels d'intervention des sociétés d'économie mixte locales, qui correspondent aux missions d'aménagement et de construction dévolues à la Caisse et à ses filiales⁷¹. D'abord limité à la construction et à l'aménagement, ce partenariat s'est développé vers d'autres domaines de compétence des sociétés d'économie mixte locales, et en particulier

65. Sur la Caisse des dépôts et consignations, cf. BOUDET (J-F) - *La Caisse des dépôts et consignations : histoire, statut, fonction : contribution à l'étude de ses fondements juridiques* - Paris, L'Harmattan, 2006, 647 p. ; SCHPILLBERG-KATZ (J) - *La Caisse des dépôts* - Paris, PUF, 2008, 127 p.

66. ARTHUIS (J) - *Rapport d'information fait au nom de la Commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux participations de la Caisse des Dépôts et Consignations dans l'économie mixte locale* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2010-2011, p. 67.

67. *Id.*

68. *Op. cit.*, p. 68.

69. Cour des comptes - Le pilotage de la participation de la Caisse des Dépôts et Consignations dans les sociétés d'économie mixte locales - *Rapport particulier*, 2010, p. 22-23, in ARTHUIS (J), *op. cit.*

70. Sur la création de ces sociétés, cf. Da ROLD (J) - *Les sociétés d'économie mixte locales : acteurs et témoins de politiques urbaines et territoriales : quelle légitimité entre partenariat public privé et entreprise publique locale ?* - Thèse, Université Bordeaux III, 2008, p. 66.

71. Sur l'évolution des domaines de compétences des sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra.*, Introduction.

les transports. En premier lieu, la Société centrale immobilière de la Caisse des dépôts et consignations (SCIC), créée en 1954 est devenue Immobilière Caisse des dépôts (ICADE) depuis 2003. Chargée de pallier les besoins en logements, elle participe, aux côtés des sociétés d'économie mixte locales, à l'amélioration de la qualité des logements en devenant le premier bailleur social en France. Elle s'est aujourd'hui recentrée sur des missions de gestion foncière, de promotion et de services associés pour des parcs tertiaires, des centres commerciaux, des équipements publics, de santé et de logement. Elle se désengage⁷² ou demeure un actionnaire résiduel de sociétés d'économie mixte locales, ne conservant par exemple que 0,72 % du capital de la Société anonyme immobilière d'économie mixte de Meaux, et se concentre sur le développement d'un partenariat plus contractuel avec ces sociétés⁷³.

268. En deuxième lieu, la Société centrale pour l'équipement du territoire (SCET), créée en 1955, a pour mission de « faciliter l'exécution des travaux entrepris par les collectivités locales ou par des organismes constitués avec leur concours en vue de l'aménagement et de la mise en valeur des régions ou des zones industrielles, agricoles ou d'habitation »⁷⁴. Même si son objet social a évolué depuis son intégration en 2004 au groupe SNI (Société nationale immobilière), filiale de la Caisse des dépôts et consignations, son implication dans l'économie mixte locale est inchangée. En particulier, elle anime un réseau comprenant plus de 230 sociétés d'économie mixte locales, auxquelles elle apporte une assistance technique et juridique. Cet appui ne conduit pas nécessairement à des prises de participations de la SCET, celle-ci ayant même tendance à revendre ses actions à la Caisse des dépôts⁷⁵ et à se concentrer sur la passation de conventions lui conférant la gestion opérationnelle de la société.

269. L'enchevêtrement des relations entre la Caisse des dépôts et ses filiales brouille la répartition classique entre actionnariat public-privé et actionnariat majoritaire-minoritaire. La domination publique, ou parapublique, ne s'exerce plus dans le cadre de relations institutionnelles clairement définies mais par un ensemble de relations plus délicates à appréhender. La société d'économie mixte locale est créée à l'initiative des collectivités territoriales, mais avec l'appui technique d'une filiale de la Caisse des dépôts et consignations, qui acquiert éventuellement quelques parts, de façon très minoritaire, aux côtés de la Caisse⁷⁶. Celle-ci en est l'actionnaire minoritaire principal et c'est l'une de ses filiales, générale-

72. Ainsi, la SCIC détenait moins de 0,01 % du capital de la SEMCHA jusqu'en 2007, lorsqu'elle décida de s'en séparer. Elle demeure par contre un des cocontractants principaux de la société (CRC Champagne-Ardenne, ROD 12 mai 2009, *Société d'économie mixte de Châlons-en-Champagne (SEMCHA)*).

73. Par exemple, ICADE et ses filiales sont investies dans les neuf opérations de construction de la SAEIM (CRC Île-de-France, ROD 8 novembre 2006, *Société anonyme immobilière d'économie mixte de Meaux (SAEIM)*).

74. Objet social de la société, rappelé par C. Devès (*in* - La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? - *JCP ACT*, sept. 2006, étude 1219, n° 30).

75. En ce sens, cf. CRC Champagne-Ardenne, ROD 12 mai 2009, *Société d'économie mixte de Châlons-en-Champagne (SEMCHA)* ; CRC Pays de la Loire, ROD 5 novembre 2009, *Société d'économie mixte mancelière de logement*).

76. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 10 avril 2007, *Syndicat mixte pour la réalisation de la plateforme multimodale de Dourges*, p. 3-4 ; CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 10 avril 2007, *Société d'économie mixte « Delta 3 »*. Selon les observations de la chambre, « la SCET a reçu mandat de réaliser les opérations préalables à la constitution de la SEM et d'établir un projet de budget prévisionnel

ment la SCET, qui est le partenaire contractuel privilégié de la société, prenant une place importante dans la détermination des orientations stratégiques de la société. Lors de son contrôle de la Société d'économie mixte Mancelière de logement, le juge financier a ainsi relevé que « la SCET assure ainsi l'administration générale, la gestion comptable et financière, la conduite d'opérations, le suivi des travaux d'entretien, la gestion du personnel, le suivi du contentieux, du recouvrement des loyers, les ventes de logement... »⁷⁷. Elle permet également aux petites sociétés de conserver une structure légère, externalisant par exemple le traitement des questions juridiques⁷⁸. L'émergence d'une logique de réseau conduit à soumettre les sociétés d'économie mixte locales à une autorité leur étant partiellement extérieure, comme s'il s'agissait d'un procédé de filialisation par la voie contractuelle. Formellement, le groupe Caisse des dépôts et consignations est actionnaire ; matériellement, la société est largement contrôlée par la Caisse ou l'une des filiales.

270. Cet effet est renforcé, en dernier lieu, dans les sociétés d'économie mixte locales chargées de missions de transports en commun. Dans celles-ci, l'actionnariat de la Caisse s'efface au profit de celui de l'une de ses filiales, Transdev. Celle-ci peut n'être qu'un partenaire contractuel des sociétés d'économie mixte locales⁷⁹, mais cumule généralement relations institutionnelles et relations contractuelles pour devenir, concomitamment, l'actionnaire minoritaire principal de la société et un partenaire indispensable en matière de gestion de la société, de fourniture de matériel roulant, de prêt de personnel, etc. Dans la Société d'économie mixte des transports de l'agglomération orléanaise par exemple, Transdev est le second actionnaire, en terme d'importance, avec 34 % du capital social, aux côtés de la communauté d'agglomération qui possède à elle seule 51 % du capital. Elle assure des missions de conseil et de mise à disposition de personnels par la voie contractuelle⁸⁰. Le juge financier a souligné à plusieurs reprises la spécificité de cette situation, faisant d'un actionnaire minoritaire un « actionnaire privé de référence »⁸¹ exerçant « une influence notable »⁸² sur la société. Cette influence est parfois encore renforcée lorsque des employés du groupe détiennent des actions à titre personnel. « Pratique courante »⁸³ dans le milieu de l'économie mixte locale, elle consiste,

pour les 12 premiers mois de fonctionnement de la société ». Par la suite, elle acquerra 0,04 % du capital, la Caisse des dépôts et consignations en prenant 12,2 %, devenant ainsi le premier actionnaire minoritaire (rapport sur la société, p. 5).

77. CRC Pays de la Loire, ROD 5 novembre 2009, *op. cit.* Dans le même sens, cf. CRC Languedoc-Roussillon, ROD 8 février 2010, *Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (SEMETA)*, p. 8.

78. CRC La Réunion, ROD 11 octobre 2004, *Société d'économie mixte des transports, tourisme, équipement et loisirs (SEMITTEL)*, p. 9.

79. Par exemple, CRC Lorraine, ROD 7 octobre 2005, *Société d'économie mixte TRANSFENSCH*, n° 3.3.

80. CRC Centre, ROD 7 avril 2005, *Société d'économie mixte des transports de l'agglomération orléanaise, (SEMTAO)*. Allant dans le même sens, cf., notamment, CRC Alsace, ROD 14 septembre 2004, *Compagnie des transports strasbourgeois (CTS)* ; CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 12 février 2007, *Société d'économie mixte des transports urbains de la région de Valenciennes (SEMURVAL)*.

81. CRC Rhône-Alpes, ROD 14 juin 2004, *Société d'économie mixte des transports publics de l'agglomération grenobloise (SEMITAG)*, n° 1.5.4.2.

82. CRC Pays de la Loire, ROD 11 mai 2006, *Société d'économie mixte des transports en commun de l'agglomération nantaise (SEMITAN)*, n° 6.4.

83. CRC Champagne-Ardenne, ROD 12 mai 2009, *Société d'économie mixte de Châlons-en-Champagne (SEMCHA)*, p. 4.

lorsqu'il manque un ou plusieurs actionnaires pour atteindre le minimum légal de sept, à faire acheter une action à un salarié de l'entreprise du groupe détenant des participations. Conçue pour satisfaire à l'exigence légale de l'actionnariat privé des sociétés, cette pratique participe du mouvement de confusion entre l'actionnariat minoritaire et l'actionnariat privé des sociétés. Dans cette hypothèse, la détention d'une action par la personne privée correspond aux soucis de maintenir l'apparence d'un partenariat public-privé : il n'est pas possible de considérer que la détention d'une partie du capital social par un salarié de l'un des actionnaires publics ou parapublics de la société d'économie mixte locale, fait preuve d'un réel souci d'associer secteur public et secteur privé au sein de la société. Le juge financier souligne également que cette technique est parfois utilisée pour « contourner » les statuts de la société lorsque ceux-ci ne prévoient qu'une représentation minimale du groupe Caisse des dépôts⁸⁴. Il arrive parfois que plus de la moitié du nombre total des actionnaires appartienne au groupe⁸⁵. Le juge financier invite alors ces personnes à céder leurs actions pour éviter une trop grande confusion des pouvoirs⁸⁶.

271. La multiplication des participations de la Caisse des dépôts et consignations et de ses principales filiales dans les sociétés d'économie mixte locales met en évidence plusieurs stratégies d'actionnariat. Sous couvert d'une participation directe de la Caisse, ce sont ses filiales qui deviennent parfois les partenaires indispensables des sociétés d'économie mixte locales, par la voie conventionnelle. Elles peuvent, par ailleurs, devenir des acteurs institutionnels fortement impliqués dans le fonctionnement de la société. Ces deux modalités d'actionnariat se conjuguent avec les prises de participations directes de la Caisse qui sont parfois très élevées. Ainsi, la Caisse détient directement plus de 49 % du capital de la SAEIM de Meaux, ne laissant subsister qu'un actionnariat privé symbolique⁸⁷. D'une façon générale, la Caisse et ses filiales ne cherchent pas à être actionnaires du plus grand nombre possible de sociétés d'économie mixte locales, mais plutôt à concentrer leur actionnariat dans certaines sociétés pour pouvoir y exercer un rôle important. Cette stratégie participe au développement d'un véritable actionnariat public minoritaire. Toléré lorsqu'il s'agit de la Caisse des dépôts et consignations, l'actionnariat public minoritaire est parfois encouragé par le code général des collectivités territoriales.

B. L'ACTIONNARIAT INCITÉ : L'ÉMERGENCE DIFFICILE DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS DE SANTÉ

272. Les réformes successives du secteur hospitalier⁸⁸ ont conduit le législateur à s'interroger sur la délimitation des domaines de compétences des collecti-

⁸⁴. *Idem*.

⁸⁵. CRC La Réunion, ROD 26 décembre 2005, *Société des transports départementaux de La Réunion (SOTRADER)*, n° 2 : la chambre relève que quatre des sept actionnaires appartiennent au groupe Caisse des dépôts et consignations, deux employés ayant, à titre personnel, souscrit des actions.

⁸⁶. *Idem*.

⁸⁷. CRC Île-de-France, ROD 8 novembre 2006, *Société anonyme immobilière d'économie mixte de Meaux (SAIEM de Meaux)*.

⁸⁸. Pour une approche historique du secteur hospitalier et de ses réformes successives, cf. BARTHÉLÉMY (J), LOUVARIS (A), SAISON (J) - Établissements de santé. Organisation hospitalière - *J. Cl. Adm.*, fasc. 229-10, n° 1-6 ; CHICOT (P-Y) - La régionalisation des politiques sanitaires et sociales : l'émergence du « département-région providence » ? - *Dr. Adm.*, déc. 2006, étude 20.

vités territoriales dans le cadre de la coopération hospitalière⁸⁹. Lors des débats relatifs à l'adoption de la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit⁹⁰, deux questions ont été discutées : celle de la reconnaissance de la société d'économie mixte locale comme outil de la politique de coopération hospitalière entre les collectivités territoriales d'une part, et celle de l'autorisation, pour les établissements publics, de créer des sociétés d'économie mixte locales d'autre part. La formulation de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales exclut par principe le recours à l'économie mixte locale par les établissements publics locaux. Plus précisément, elle interdit qu'ils fassent partie des actionnaires majoritaires, les reléguant au seul rôle d'actionnaires minoritaires. Dès lors, le recours à ce type d'instrument ne peut être que marginal, les entreprises n'ayant ni la maîtrise de leur création ni celle de leur fonctionnement. Elles ne peuvent qu'être associées à une démarche impulsée par les collectivités.

273. La question de savoir dans quelle mesure l'interdiction faite aux établissements publics locaux de créer des sociétés d'économie mixte locales n'entraîne pas en contradiction avec les dispositions spécifiques du code de la santé publique a été posée au Conseil d'État. Celui-ci autorise les établissements publics de santé à participer à des actions de coopération avec les collectivités territoriales, au besoin en créant des nouvelles personnes morales de droit public ou de droit privé⁹¹. Le Conseil d'État, dans sa formation consultative, a ainsi reconnu que l'article L. 6133-1 du code fait « en principe obstacle à la création de personnes morales relevant d'une catégorie non prévue par ledit article, telles que les sociétés d'économie mixte locales »⁹². En reconnaissant par ailleurs qu'une « exception à cette règle peut être admise pour la création d'une association de la loi de 1901 », le juge administratif a confirmé que les sociétés d'économie mixte locales sont l'apanage des collectivités territoriales.

274. La question de l'actionnariat des établissements publics de santé dans les sociétés d'économie mixte locales a soulevé plus de difficultés. L'autorisation de l'actionnariat des établissements publics qui figurait dans un projet de loi de 2003⁹³ a été supprimée du texte définitif au cours des débats⁹⁴, puis finalement adoptée dans le cadre de la loi du 9 août 2004⁹⁵. Elle a ajouté un article L. 1522-6

89. Pour un aperçu général de cette question, cf. APOLLIS (B), TERRIER (E) - La réforme de la planification hospitalière - *AJDA*, 2006, p. 422 et s. ; CHICOT (P-Y) - *op. cit.* ; CORMIER (M) - Mutation et enjeux des coopérations hospitalières - *AJDA*, 1006, p. 416 et s. ; LEVOYER (L) - La participation des collectivités territoriales au financement des politiques locales de santé - *JCP ACT*, sept. 2009, étude 2225 ; MAILLARD DESGRÉES DU LOU (D) - La santé publique, les établissements de santé et les collectivités publiques : derniers développements - *AJDA*, 2006, p. 406 et s.

90. Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *JORF*, 3 juillet 2003 p. 11192.

91. Article L. 6233-1 du code de la santé publique.

92. CE Avis, Sect. sociale, 1^{er} août 1995, n° 358.047.

93. DELEVOYE (J-P) - *Projet de loi habilitant le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification et de codification du droit* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2002-2003, Texte n° 170, p. 11.

94. DÉRIOT (G) - *op. cit.* - p. 34-35 ; BLANC (É) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, n° 871, p. 25.

95. Article 26 II de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, 11 août 2004, p. 14277. Le législateur a considéré que l'intérêt de l'interdiction de participer au capital de sociétés d'économie mixte locales pour les établissements publics de santé « ne lui

au code général des collectivités territoriales autorisant « les établissements de santé, les établissements sociaux ou médico-sociaux et les groupements de coopération sanitaire [à] participer au capital et aux modifications de capital des sociétés d'économie mixte locales ayant pour objet exclusif la conception, la réalisation, l'entretien ou la maintenance ainsi que, le cas échéant, le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux ». Pour encourager l'émergence de ces sociétés et impliquer davantage les collectivités dans le financement des politiques locales de santé, la loi a également modifié la définition de l'objet social des sociétés pour intégrer les missions de coopération hospitalière⁹⁶.

275. Étonnamment, la loi du 21 juillet 2009 et l'ordonnance du 23 février 2010 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires⁹⁷ ont supprimé les références à l'actionnariat des établissements publics dans les sociétés d'économie mixte locales. D'une part, la loi modifie l'article L. 6143-1 du code de la santé publique qui prévoyait que le conseil d'administration de l'établissement soit seul compétent pour se prononcer sur la participation au capital d'une société d'économie mixte locale⁹⁸. Désormais, cette compétence n'existe plus au profit du nouveau conseil de surveillance⁹⁹, le législateur ayant, selon les termes du rapporteur Milon, entendu « exclure implicitement » le recours aux sociétés d'économie mixte locales¹⁰⁰. D'autre part, l'ordonnance a supprimé l'article L. 1522-6 du code, peut-être par crainte que les établissements n'invoquent cet article pour justifier la création de sociétés dont elles seraient actionnaires majoritaires. Pourtant, le juge administratif rappelle régulièrement cette interdiction¹⁰¹. Les établissements publics locaux de santé ne sont qu'asso-

semblait pas suffisamment démontré » (GIRAUD (F), LORRAIN (J-L) - *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi relatif à la politique de santé publique* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2003-2004, n° 138, TI, p. 65).

96. Article L. 1521-1 du code : « les sociétés d'économie mixte locales peuvent réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire ». Sur la compétence des sociétés d'économie mixte locales, *cf. infra.*, Chapitre 2.

97. Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 22 juillet 2009, p. 12184, et ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 25 février 2010, p. 3585.

98. Article L. 6143-1 du code de la santé publique, avant la réforme de 2009 : le conseil d'administration arrête la politique de l'établissement sur « la prise de participation, la modification de l'objet social ou des structures des organes dirigeants, la modification du capital et la désignation du ou des représentants de l'établissement au sein du conseil d'administration ou de surveillance d'une société d'économie mixte locale, dans les conditions prévues par le présent code et par le code général des collectivités territoriales ».

99. La loi de 2009 remplace le conseil d'administration de l'établissement de santé par un conseil de surveillance, aux pouvoirs de gestion élargis (*cf.* DUPONT (M) - La nouvelle gouvernance des établissements publics de santé : l'aboutissement d'une longue mutation ? - *RDDS*, 2009, p. 791 et s.).

100. MILON (A) - *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires* - Paris, Sénat, session de 2008-2009, n° 380, p. 144.

101. Au regard de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, « seules les collectivités locales ou leurs groupements peuvent constituer des sociétés d'économie mixte » (TA Poitiers, 19 décembre 2002, *ARH du Poitou-Charentes c/ Centre hospitalier de Royan*, *JCP ACT*, 2004, comm. 1306, note Ghérardi). Le juge administratif précise sa position en « considérant qu'il ne résulte par conséquent d'aucunes des dispositions sus mentionnées des articles L. 2253-1

ciés aux collectivités territoriales. Ils ne sauraient être placés sur un pied d'égalité avec ces dernières et ne peuvent être qu'actionnaires minoritaires. La loi de 2004 n'avait d'ailleurs pas prévu que leur actionnariat soit comptabilisé au titre de l'actionnariat majoritaire. Dans cette perspective, la suppression de l'article L. 1522-6 n'est pas très utile, d'autant plus que l'ordonnance n'a pas procédé à un toilettage complet du code. Ainsi, il n'a pas modifié l'article L. 1524-2 qui continue de faire un renvoi direct aux « sociétés d'économie mixte locales mentionnées à l'article L. 1522-6 ». Les établissements publics de santé peuvent toujours être actionnaires des sociétés d'économie mixte locales dont l'objet s'inscrit dans le cadre de leurs compétences, expressément rappelées à l'article L. 1521-1 du code. Ces dernières réformes apparaissent d'autant plus vaines que la formule n'a pas rencontré beaucoup de succès, aucune société n'ayant été créée depuis 2004. Cette absence d'enthousiasme pour la formule de l'économie mixte locale s'explique notamment par la multiplication des outils de coopération dans le domaine de la santé¹⁰², et par le fait que les règles relatives aux compétences des collectivités pour créer de telles sociétés limitent les recours à ces structures.

276. D'une façon générale, le développement d'un actionnariat public minoritaire conduit souvent au constat que plus de 80 % du capital appartient directement ou indirectement à des personnes publiques¹⁰³. Ces statistiques laissent apparaître une économie mixte locale largement dominée par les actionnaires publics et parapublics. Le développement de cet actionnariat rend précaire l'existence d'un véritable actionnariat privé au sein des sociétés d'économie mixte locales. Le risque est que dans cette hypothèse, très fréquente, l'actionnariat véritablement privé soit réduit à un rôle purement symbolique.

II. LA RÉDUCTION DE L'ACTIONNARIAT PRIVÉ MINORITAIRE À UN ACTIONNARIAT SYMBOLIQUE

277. L'actionnariat privé minoritaire des sociétés d'économie mixte locales est généralement modéré. En moyenne nationale, 8,7 % seulement du capital de l'ensemble des sociétés d'économie mixte locales est détenu par des entreprises privées. La part détenue par d'autres personnes privées, dont des personnes physiques, demeure délicate à déterminer car elle fait partie des 5,1 % détenus par les actionnaires ne relevant d'aucune autre catégorie¹⁰⁴. Dans le schéma classique de

à L. 2253-7 du code général des collectivités territoriales relatives à la participation au capital des sociétés, que le législateur y ait expressément ou y ait même entendu autoriser les établissements publics locaux, au demeurant soumis au principe de spécialité en vertu duquel ils ne peuvent légalement agir que dans le cadre des compétences qui leur sont expressément reconnues par l'acte qui les a institués, à créer sous la forme de sociétés d'économie mixte locales, des filiales dont ils détiendraient seuls la majorité du capital » (CAA Marseille, 12 février 2007, *Préfet du Var c/ OPAC Var Habitat*, Req. 06MA02263).

102. Cf., notamment, BERGOIGNAN-ESPER (C) - Les formes nouvelles de coopération des acteurs de santé : entre innovation et modernisation - *RDDS*, 2009, p. 806 et s. ; LAVIGNE (C) - La coopération entre établissements privés et publics à l'épreuve - *RDDS*, 1990, p. 537 et s. ; RAVELET (A) - La recomposition de l'offre hospitalière publique et privée dans le cadre des réseaux de santé - *RDDS*, 2006, p. 879 et s.

103. Il arrive parfois que le juge financier ne fasse plus la différence entre l'actionnariat des collectivités territoriales et celui des autres, mais entre un actionnariat public au sens large et un actionnariat privé (CRC Centre, ROD 20 octobre 2006, *Société d'économie mixte 36*, I).

104. Source : www.lesepls.fr

l'économie mixte locale, l'actionnariat privé dépasse rarement les 10 %¹⁰⁵. Cette modicité est renforcée par le morcellement de l'actionnariat, généralement réparti entre des nombreuses personnes¹⁰⁶. Même dans les sociétés dans lesquelles l'actionnariat privé est important, son morcellement favorise la prééminence des collectivités territoriales actionnaires¹⁰⁷.

278. La faible implication des actionnaires privés est souvent décriée par le juge financier¹⁰⁸ qui souligne les risques d'un tel montage pour les finances publiques locales. Lors de son contrôle de la Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope par exemple, la chambre régionale des comptes de Poitou-Charentes a ainsi souligné la fragilité du partenariat et de l'implication des actionnaires privés dans la société¹⁰⁹. Celle-ci était constituée autour de deux collectivités (84,9 %), la Société des Éditions Ph. Amaury (14,8 %) et divers actionnaires privés (< 0,3 %). Si la société respecte formellement les dispositions de l'article L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales concernant la mixité du capital, sa répartition et l'absence d'implication des actionnaires privés explique que les collectivités territoriales aient eu à supporter l'intégralité des pertes lorsque la société a constaté des difficultés financières ayant entraîné la diminution de 95 % de la valeur de ses actions. La société a été dans l'obligation de faire appel à de nouveaux investisseurs privés par une augmentation du capital¹¹⁰. Cette absence d'implication des actionnaires privés est généralement présentée comme l'une des causes des problèmes financiers rencontrés par la société¹¹¹.

279. Les collectivités territoriales sont même parfois obligées d'accorder des protections spécifiques aux actionnaires privés en échange de leur maintien dans le capital¹¹². En l'absence de tels accords, dont la régularité peut être discutée au

105. À titre illustratif, CRC Midi-Pyrénées, ROD 8 janvier 2010, *Commune de Carmaux*, n° 2.3.1 : l'actionnariat minoritaire, représentant 15,01 % du capital, est réparti entre cinq actionnaires privés, possédant chacun entre 0,004 % et 8,6 % du capital social.

106. À titre illustratif, CRC Bourgogne, ROD 19 décembre 2002, *Société anonyme d'économie mixte d'aménagement de la Nièvre (SAEMAN)* n° 1.2 : une vingtaine d'actionnaires privés se partagent 7 % du capital, aucun actionnaire n'ayant plus de 3 % ; CRC Lorraine, ROD 7 octobre 2005, *Société d'économie mixte TRANSFENSCH*, n° 1.3.2 : les 35 % du capital appartenant à des personnes privées sont répartis entre 92 actionnaires ; CRC Champagne-Ardenne, ROD 14 février 2007, *Société d'économie mixte Europort-Vatry*, n° 1.2 : le capital minoritaire est réparti entre quinze actionnaires, dont sept à moins de 1 % du capital, les deux principaux détenant chacun 5,77 %.

107. CRC Rhône-Alpes, ROD 25 août 2009, *Société de gestion de Val d'Isère (SOGVALDI)*, n° 1.3 : l'actionnariat est réparti entre la *Commune de Val d'Isère* (67,5 %) et treize actionnaires privés, possédant chacun 2,5 % du capital.

108. CRC Île-de-France, ROD 30 novembre 2005, *Société immobilière d'économie mixte de la région parisienne secteur sud est (SEMISE)*, I.

109. CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope*, n° 1.2.

110. À l'issue de celle-ci, la part relative des différents actionnaires a évolué : les collectivités territoriales sont toujours actionnaires majoritaires (73,3 %), mais la Société Amaury n'est plus actionnaire qu'à hauteur de 3,4 %, tandis que la société compte parmi ses nouveaux actionnaires la Caisse des dépôts et consignations (15,2 %), la Société Unibail (6,5 %), et diverses autres personnes privées (1,6 %) (*idem*, n° 1.2).

111. CRC Île-de-France, ROD 30 novembre 2005, *op. cit.*

112. Ainsi, dans la Société Promosud, la collectivité territoriale a consenti à signer un pacte d'actionnaires avec les actionnaires privés, au terme duquel son engagement financier dans la société se limite aux montants de ses apports. En conséquence, la collectivité territoriale est dans l'obligation d'apporter seule les compléments de financement nécessaires à la société, et couvre également seule les pertes générées par l'exploitation (CTC Nouvelle-Calédonie, ROD 13 novembre 2008, *Société de financement et de développement de la Province Sud (SEML PROMOSUD)*, n° 2.2.2.2).

regard du droit des aides publiques locales¹¹³, tous les actionnaires ont l'obligation de soutenir financièrement la société à hauteur de leurs apports, ce qui peut inclure une obligation de renflouement d'une société en difficulté par exemple¹¹⁴.

280. La faiblesse s'explique en partie par l'obligation de constituer les sociétés d'économie mixte locales dans les conditions du droit des sociétés. En l'absence de dispositions dérogatoires contraires dans le code général des collectivités territoriales, les dispositions de l'article L. 225-1 du code de commerce imposant l'association d'au moins sept actionnaires pour que la société puisse être immatriculée, doivent être respectées. Or, l'idée de partenariat public-privé repose en général sur la volonté de mettre en commun une compétence. Moins il y a de partenaires et plus la relation peut être approfondie avec ceux-ci. L'obligation de se conformer au code de commerce ne facilite pas l'émergence d'un tel partenariat. L'actionnariat privé y est nécessairement fractionné, une partie de celui-ci au moins devenant « très symbolique »¹¹⁵. Lors de son contrôle de la Société d'économie mixte d'aménagement des communes minières (SACOMI), la Chambre régionale des comptes du Nord-Pas-de-Calais a stigmatisé « l'apparence » de l'actionnariat privé, les 25 % de participations minoritaires au capital ayant été apportées par l'intermédiaire d'une association regroupant les collectivités territoriales actionnaires¹¹⁶.

281. Le mouvement d'affaiblissement est encore renforcé lorsque des sociétés d'économie mixte locales prennent des participations dans d'autres sociétés d'économie mixte locales. Formellement il s'agit d'un actionnariat d'une personne privée, comptabilisé au titre de l'actionnariat minoritaire. Mais derrière celui-ci se sont les collectivités territoriales qui, indirectement deviennent actionnaires, pouvant dépasser *de facto* le plafond autorisé des 85 % de participation. Par exemple, la commune du Barcarès a créé deux sociétés d'économie mixte locales, la Société d'économie mixte de promotion et d'animation du Barcarès (PROMABA) et la Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées Orientales (SEMETA), dont elle est l'actionnaire majoritaire¹¹⁷. La SEMETA est par ailleurs l'actionnaire minoritaire principal de la PROMABA, ne laissant subsister qu'un actionnariat financier résiduel.

113. De tels pactes d'actionnaires peuvent être assimilés à des garanties illimitées des collectivités envers des personnes privées, prohibées au regard du droit des aides d'État (*cf. supra.*, Titre 1, Chapitre 1).

114. CTC Polynésie française, ROD 31 août 2007, *Tahiti Nui Rava' Ai*, n° 4.1 : la chambre déplore ainsi l'inertie des actionnaires privés lorsque la société a eu besoin de financements complémentaires pour préserver son activité, rappelant que si la loi impose l'existence d'au moins 15 % d'actionnariat privé, une proportion identique des dettes doit être supportée par ces actionnaires (n° 3.2.3).

115. CRC Lorraine, ROD 23 mai 2008, *Société d'économie mixte de Villerupt*, n° 2.1. Sur les sept actionnaires, la Ville de Villerupt détient 64,95 % du capital. Les 35,05 % restants sont répartis entre six actionnaires, dont trois seulement ont une représentativité dans la société, ayant entre 7,5 et 15 % du capital. Le restant est un actionnariat symbolique, compris entre 0,5 et 2,5 % du capital.

116. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 16 novembre 2001, *Société d'économie mixte d'aménagement des communes minières (SACOMI)*, n° 1.1 : la chambre relève que « le passage par l'association a été transparent » et que celle-ci « n'a été qu'un intermédiaire, la totalité des sommes apportées pour financer le capital de la SEM résultant de subventions accordées à cet effet à l'association, de manière explicite, par les collectivités territoriales ».

117. Cour des comptes - Les sociétés d'économie mixte de la commune du Barcarès (Pyrénées-Orientales) - *Rapport public annuel 2010* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2010, p. 387-432 ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 31 décembre 2004, *Commune du Barcarès* ; CRC Languedoc-Roussillon,

L'appartenance de la SEMETA au secteur public conduit le juge financier à constater que son apport ne peut être assimilé à un apport de capitaux privés, et à s'interroger sur la compatibilité d'un montage entraînant un dépassement du seuil des 85 % par la commune. À l'argument selon lequel la législation sur l'économie mixte locale n'interdit pas l'actionnariat d'une société dans une autre société d'économie mixte locale, le juge répond par une formule énigmatique, considérant que « les dispositions du CGCT priment, s'agissant de sociétés à capital public majoritaire »¹¹⁸. Il n'est pas certain que le juge administratif ou le juge judiciaire, saisi de la régularité de la constitution d'une telle société, condamnerait un tel montage. Le code contient une interdiction et deux prescriptions : les collectivités et leurs groupements ne peuvent détenir, seuls ou séparément, plus de 85 % du capital¹¹⁹ ; les actionnaires minoritaires doivent détenir au moins 15 % de celui-ci¹²⁰ et comporter parmi eux au moins une personne privée¹²¹. Par conséquent, l'actionnariat indirect des collectivités n'est pas prohibé et la détention d'une fraction du capital par une autre société d'économie mixte locale s'apparente nécessairement à un actionnariat minoritaire exercé par une personne morale de droit privé.

282. Les prises de participations de sociétés d'économie mixte locales dans d'autres sociétés d'économie mixte locales ne peuvent être que limitées. Elles ne s'analysent pas en termes de filialisation, définie au sens strict comme la création d'une société dont plus de la moitié du capital appartient à une autre société¹²². Elles n'empêchent cependant pas les prises de participations minoritaires. Ce phénomène est particulièrement développé dans les secteurs concurrentiels, tels que celui de la fourniture d'énergie et permet souvent l'émergence de véritables partenariats. Ainsi, la transformation de la Régie municipale gaz électricité de Carmaux en société d'économie mixte locale a été l'occasion d'associer des fournisseurs de gaz et d'électricité tiers au capital de la nouvelle Société Ene'O¹²³. Celle-ci peut donc s'appuyer sur les compétences techniques d'autres praticiens, comme le font déjà couramment les sociétés d'économie mixte locales de transports en commun avec Transdev ou les sociétés d'aménagement avec la SCET, filiales de la Caisse des dépôts et consignations.

283. L'affaiblissement de l'actionnariat privé n'est cependant pas une fatalité. Dans certaines sociétés d'économie mixte locales il est très concentré et représente

ROD 12 janvier 2010, *Société d'économie mixte de promotion et d'animation du Barcarès (PRO-MABA)* ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 8 février 2010, *Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (SEMETA)*.

118. CRC Languedoc-Roussillon, *op. cit.*, p. 3.

119. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

120. Article L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales.

121. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

122. Article L. 233-1 du code de commerce. Sur la notion de filialisation, cf. CARTIER-BRES-SON (A) - *op. cit.*, n° 78 ; RAPP (L) - *Les filiales des entreprises publiques* - Paris, LGDJ, 1983, 576 p. Sur les conditions dans lesquelles les sociétés d'économie mixte locales peuvent créer des filiales, cf. *infra*, Chapitre 2.

123. CRC Midi-Pyrénées, ROD 8 janvier 2010, *Commune de Carmaux*, n° 2.3.1 : sur les 15,01 % détenus par les actionnaires minoritaires, 8,7 % appartiennent à la Société d'économie mixte de revente d'électricité et de gaz, d'investissement et d'exploitation en énergie et en services (Soregies), 3,6 % à Gaz de Bordeaux, société anonyme et 1,9 % à la Société d'électrification rurale du carmausin (SERC), constituée sous la forme d'une société d'intérêt collectif agricole d'électricité (sur les sociétés d'intérêt collectif agricole d'électricité, cf. TERNEYRE (P) - Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité - *AJDA*, 2009, p. 1640 et s.).

une part conséquente du capital social¹²⁴. Dans ces hypothèses, la société devient le support d'un véritable partenariat public-privé institutionnalisé, un nombre restreint d'actionnaires privés ayant un intérêt à la réalisation de l'objet social. Par ailleurs, les instances de l'Union sont favorables au développement d'une nouvelle pratique de l'économie mixte locale, consistant en la mise en concurrence du capital minoritaire des sociétés d'économie mixte locales lors de la constitution de la société. Une fois créée, la société – partenariat public-privé institutionnalisé au sens européen – peut nouer des relations contractuelles avec les collectivités territoriales actionnaires, sans avoir besoin de respecter les obligations de mise en concurrence¹²⁵. Faciliter l'accès à la commande publique et déplacer l'obligation de mise en concurrence au stade de la constitution de la société permettrait de redynamiser l'économie mixte locale, en faisant des sociétés une véritable structure de partenariat¹²⁶. Cette solution est limitée car, outre les problèmes techniques qu'elle soulève au regard du droit de la commande publique¹²⁷, elle ne rend pas les sociétés d'économie mixte locales plus attrayantes pour les acteurs du secteur privé. Ils ont souvent intérêt à demeurer des partenaires contractuels des sociétés d'économie mixte locales, plutôt que d'investir dans la société et devoir en supporter les éventuelles conséquences financières. La société d'économie mixte locale joue alors son rôle de relais entre le secteur public et le secteur privé, même si elle n'incarne pas en elle-même la structure de partenariat idéal. Elle permet aux collectivités territoriales d'intervenir dans le domaine économique en sollicitant directement ou indirectement l'appui de partenaires privés. Dans cette hypothèse, l'économie mixte locale concrétise moins un partenariat technique que financier.

284. L'actionnariat minoritaire est généralement limité à un partenariat financier. Les organismes financiers autres que la Caisse des dépôts et consignations détiennent, en moyenne nationale, 6,1 % du capital des sociétés d'économie mixte locales¹²⁸. Ils constituent le troisième groupe d'actionnaires minoritaires en terme d'importance. Mais, à l'inverse de l'actionnariat des entreprises, leur implication se limite le plus souvent à des apports de fonds complémentaires. Ce sont des actionnaires dormants, *sleeping partners*, n'ayant aucune implication dans le fonctionnement de l'entreprise¹²⁹. Malgré leurs apports financiers, ils n'ont en général pas de représentants dans les organes délibérants de la société¹³⁰.

124. À titre illustratif, CRC Alsace, ROD 27 juillet 2007, *Société d'économie mixte des Sources de Soultzmatt* : la société est détenue à hauteur de 53 % par la Commune de Soultzmatt, le solde appartenant à un ensemble d'actionnaires privés dont le Groupe Rivella, détenant à lui seul 44 %.

125. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, Communication C(2007)6661 final, *Contrats Marchés publ.*, mars 2008, repère 3, comm. Llorens et Soler-Couteaux ; CJCE 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, conclusions Ruiz-Jarabo Colomer.

126. BENJAMIN (M-Y) - La mise en concurrence du capital privé des sociétés d'économie mixte ? - *RFDA*, 2005, p. 973 et s ; MULLER (É) - Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? - *Contrats et marchés publ.*, février 2010, étude 2.

127. Cf. *infra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

128. Statistiques de la Fédération nationale des entreprises publiques locales, www.lesepls.fr

129. Sur les actionnaires dormants, cf. PARLEANI (G) - Qu'est-ce qu'un actionnaire ? Les actions délaissées - *Rev. sociétés*, 1999, p. 715 et s.

130. À titre illustratif, cf. CRC Bourgogne, ROD 2 février 2010, *Société d'économie mixte Beaune Congrès*, n° 2.1 : la société compte deux banques parmi les sept actionnaires minoritaires, la Caisse d'Épargne et le Crédit Agricole, détenant chacune 2,65 % du capital, pour seulement quatre représentants ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 8 février 2010, *Société d'économie mixte d'études et*

285. Sous couvert d'une mixité du capital social, les sociétés d'économie mixte locales ne sont souvent constituées qu'entre des collectivités territoriales et d'autres personnes publiques ou parapubliques, les actionnaires privés n'ayant alors qu'un rôle purement symbolique dans la société¹³¹. Cette dérive de l'économie mixte locale est régulièrement soulignée par la Cour des comptes qui reprend les observations des chambres régionales et territoriales des comptes et en accentue la portée en les regroupant¹³². Le constat de l'origine quasi-publique de l'intégralité du capital de certaines sociétés d'économie mixte locales¹³³ ne doit cependant pas jeter l'opprobre sur la formule dans son ensemble. Il traduit une tendance générale à la domination institutionnelle des collectivités territoriales et plus généralement des actionnaires publics, sur les sociétés. Ce déséquilibre dans le partenariat entre le secteur public et le secteur privé est d'autant plus grand que les pouvoirs de direction de la société sont concentrés au profit des collectivités territoriales.

SECTION 2

LA CONCENTRATION DES POUVOIRS DE DIRECTION AU PROFIT DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

286. L'organisation interne des sociétés d'économie mixte locales obéit au schéma organisé par le code de commerce¹³⁴. Leur gestion varie suivant qu'elles sont constituées sous la forme classique – sociétés dites monistes, avec un conseil d'administration et un directeur général – ou moderne – sociétés dualistes, avec un directoire et un conseil de surveillance¹³⁵. La distinction principale entre ces deux modes d'organisation de la société repose sur l'effectivité de la distinction entre les fonctions de direction et celles de surveillance de la société. Dans les

d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (SEMETA), n° 1-1 : le *Crédit Foncier*, second actionnaire minoritaire, avec 6,13 % du capital, n'a pas de représentants au conseil d'administration de la société, alors qu'il détient le quart de l'actionnariat minoritaire de la société.

131. À titre illustratif, cf. CRC Franche-Comté, ROD 6 janvier 2009, *Société d'équipement du département du Doubs (SEDD)*, n° 1.2.1 : la société est détenue par cinq collectivités territoriales et groupements de collectivités (55,14 % du capital), auquel s'ajoute la *Caisse des dépôts et consignations* (16,42 %), des banques (*Dexia-Crédit local de France*, la *Caisse d'épargne et de prévoyance de Bourgogne Franche-Comté*, 23,5 %), la *CCI du Doubs* (3,1 %) et la société *Automobiles Peugeot* (1,7 %).

132. Cour des comptes - Sociétés d'économie mixte locales d'aménagement et de construction - *Rapport public annuel 1990* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1990, p. 351-389 ; Cour des comptes - Le recours par certaines communes d'Île-de-France aux sociétés d'économie mixte - *Rapport public annuel 1993* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1993, p. 325-343 ; Cour des comptes - Les sociétés d'économie mixte locales d'aménagement en Île-de-France - *Rapport public annuel 1995* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1995, p. 331-366.

133. Pour les sociétés d'aménagement, la Cour des comptes constate une origine quasi-publique de la plupart des sociétés contrôlées par les chambres régionales et territoriales des comptes. *A contrario*, elle relève que la *Société d'économie mixte immobilière hyéroise (SEMIH)* est détenue à hauteur de 40 % par des personnes privées (Cour des comptes - Sociétés d'économie mixte locales d'aménagement et de construction - *op. cit.*, p. 353).

134. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 79-122.

135. Sur les règles d'organisation des sociétés anonymes, cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 486-880.

sociétés monistes, les pouvoirs de direction et de surveillance ne sont pas forcément bien distingués : le conseil d'administration est chargé de l'administration de l'entreprise, mais son président peut également assurer les fonctions de direction (il devient alors président-directeur général)¹³⁶. Dans les sociétés dualistes, au contraire, ces pouvoirs sont clairement répartis entre le directoire et le conseil de surveillance¹³⁷. Les collectivités territoriales privilégient le recours aux sociétés monistes, au sein desquelles elles ont une place prééminente (§ 1). Les pouvoirs de direction sont alors exercés en leur nom par les élus locaux (§ 2).

§ 1. LA PRÉÉMINENCE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LES ORGANES DÉLIBÉRANTS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

287. L'administration et la direction des sociétés anonymes sont souvent confondues et sont assurées par leurs organes délibérants. Leur existence est la garantie de l'individualisation de la société. Mais la législation commerciale n'impose pas de représentation obligatoire de tous les actionnaires ou de certains d'entre eux. Au contraire, les administrateurs et les dirigeants sont nommés par les statuts de la société ou l'assemblée générale constitutive¹³⁸, puis par l'assemblée générale en cours de vie sociale¹³⁹. Depuis l'adoption de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, ils peuvent être choisis parmi des personnes non-actionnaires¹⁴⁰. Cette liberté renforce le caractère institutionnel de la société qui peut déterminer par elle-même ses modalités d'organisation interne, en minimisant l'influence de ses actionnaires. Cela ne leur interdit pas d'être

136. Article L. 225-51-1 du code de commerce. La loi du 15 mai 2001 a permis d'opérer une distinction entre les fonctions de président du conseil d'administration et celles de directeur général. Un choix est laissé à l'appréciation de l'assemblée des actionnaires : soit opter pour une confusion des pouvoirs au profit d'un président-directeur général ; soit au contraire distinguer entre la présidence du conseil d'administration et la direction – véritable – de la société par le directeur général (Cf. VENDEUIL (S) de - Nouvelles régulations économiques et dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général - *JCP EA*, 2001, p. 1315 et s.).

137. Article L. 225-4 du code de commerce.

138. Si la société est constituée sans appel public à l'épargne, les premiers administrateurs sont désignés par les statuts (articles L. 225-16 et L. 225-18 pour les sociétés de type moniste, L. 225-75 pour les sociétés de type dualiste). Si la société est créée avec appel public à l'épargne, les premiers administrateurs sont nommés par l'assemblée générale constitutive (articles L. 225-7 et L. 225-18 pour les sociétés de type moniste, L. 225-75 pour les sociétés de type dualiste). Dans la majorité des situations, les sociétés d'économie mixte locales sont constituées sans appel public à l'épargne (cf. DEPORCQ (D) et al. - *Code pratique des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Berger-Levrault, 2003, p. 43-47).

139. Articles L. 225-18 pour les sociétés de type moniste, L. 225-75 pour les sociétés de type dualiste. Il s'agit de la procédure normale de désignation. Sur cette question, cf. COZIAN (M), VIAN-DIER (A), DEBOISSY (F) - *op. cit.* - n° 509-511 et 654 ; BUREAU (D), MONSALLIER-SAINT MLEUX (M-C) - Administration. Nombre d'administrateurs. Modes de nomination. Publicité des nominations - *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 130-10, n° 34-60 ; CAUSSAIN (J-J) - Conseil de surveillance - *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 133-60, n° 50-56.

140. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, 5 août 2008, p. 1271. Sur la notion d'administrateur cf. MORTIER (R) - La modernisation du droit des sociétés - *JCP NI*, 2008, étude 1296 ; VIANDIER (A) - L'administrateur indépendant des sociétés cotées - *RJDA*, 2008, p. 599 et s.

représentés, mais cette représentation n'est pas obligatoire. Dans la pratique, les actionnaires les plus importants disposent du plus grand nombre de sièges et détiennent souvent les pouvoirs de direction de la société. Le code général des collectivités territoriales s'éloigne de ce schéma en imposant une représentation de toutes les collectivités territoriales actionnaires (I) ainsi que la détention de la majorité des sièges par cette catégorie d'actionnaire (II).

I. LA REPRÉSENTATION DE TOUTES LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES DANS LES ORGANES DÉLIBÉRANTS

288. L'obligation de prévoir une représentation des actionnaires publics de sociétés commerciales n'est pas propre aux sociétés d'économie mixte locales. Dans les sociétés dont l'État est actionnaire, la loi du 26 juillet 1983 apporte des dérogations au code de commerce en imposant une représentation de l'actionnaire public dans les organes dirigeants¹⁴¹. Elle ne leur impose pas pour autant de détenir la majorité des voix.

289. La représentation des collectivités territoriales dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales n'est pas non plus spécifique à la législation française. Les collectivités territoriales actionnaires sont systématiquement représentées dans les entreprises publiques locales des autres pays de l'Union européenne, même si les modalités de cette représentation varient en fonction des États¹⁴². Dans certains d'entre eux, elles disposent d'un nombre de voix proportionnel à leur participation. Dans la mesure où elles sont, par définition, les actionnaires majoritaires et parfois uniques, elles ont mécaniquement droit à une représentation renforcée dans les organes dirigeants de ces sociétés¹⁴³. Certaines législations prévoient des mécanismes complémentaires renforçant leur influence sur le fonctionnement des sociétés : les collectivités détiennent l'essentiel du pouvoir de direction, indépendamment de leur niveau de participation¹⁴⁴ ; elles disposent d'une minorité de blocage pour les décisions importantes¹⁴⁵ ; leur approbation est nécessaire pour les décisions stratégiques¹⁴⁶.

141. Articles 5 et 6 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 modifiée, relative à la démocratisation du secteur public, *JORF*, 27 juillet 1983, p. 2326. Sur le régime des représentants de l'État dans les entreprises publiques, *cf.*, notamment, CARTIER-BRESSON - *L'État actionnaire* - Paris, LGDJ, n° 127-141 ; DELION (A) - *Le droit des entreprises et participations publiques* - Paris, LGDJ, 2003, p. 147-187.

142. D'une façon générale, *cf.* LANGROD (G) - *L'entreprise publique en droit administratif comparé* - RIDC, 1956, p. 213 et s. Pour une analyse précise du régime de représentation des collectivités territoriales au sein des États de l'Union européenne, *cf.* VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne* - Paris, Dexia, 2004, p. 135.

143. Il s'agit par exemple de l'Allemagne, de l'Autriche, de l'Espagne, de la Grèce, de l'Irlande, de la Lituanie, de la Finlande, de la République tchèque, de la Slovaquie, ou encore de la Suède (*cf.* VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *op. cit.*).

144. En Belgique, la loi prévoit que les collectivités territoriales bénéficient de la majorité des voix, quel que soit le niveau de participation des différents actionnaires au capital des intercommunales ; en Estonie, cette représentation s'élève à deux tiers.

145. Au Danemark, En Espagne et au Royaume-Uni.

146. En Estonie, au Portugal ou en Slovaquie pour les décisions considérées comme importantes (émissions ou rachats d'actions, distributions de bénéfices, fusions, démembrements ou réorganisations de l'entreprise, détermination du budget, décisions d'emprunts, d'exercer de nouvelles activités, etc.). En Hongrie, la législation fait la distinction entre les décisions stratégiques relevant des collectivités et les décisions de gestion courante prises par l'entreprise.

290. En France, l'obligation pour les collectivités territoriales de détenir des voix dans les organes délibérants des sociétés est relativement récente. Jusqu'au début des années 1980 les collectivités territoriales étaient libres de participer ou non à la gestion des sociétés d'économie mixte locales. Les actionnaires publics pouvaient être détenteurs de plus de la moitié du capital social – dans une limite de 65 %¹⁴⁷ – sans exercer pour autant des fonctions d'administration ou de direction. Les relations institutionnelles étaient, sur ce point, en conformité avec le code de commerce, car si celui-ci imposait à tous les administrateurs d'avoir la qualité d'actionnaire, la détention de parts dans le capital ne valait pas accession automatique aux organes délibérants. Mais cette situation était critiquée par la Cour des comptes qui soulignait la faiblesse de la domination institutionnelle des collectivités¹⁴⁸. La loi du 7 juillet 1983 rompt avec cette logique et rend obligatoire la détention de la majorité des voix par les collectivités¹⁴⁹.

II. LA DÉTENTION DE LA MAJORITÉ DES SIÈGES DANS LES ORGANES DÉLIBÉRANTS PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

291. Quelle que soit l'organisation interne des sociétés d'économie mixte locales, les collectivités actionnaires sont les « dirigeants de droit » des sociétés d'économie mixte locales¹⁵⁰. Les collectivités territoriales sont soumises à une double contrainte : d'une part chaque collectivité territoriale doit être représentée¹⁵¹, d'autre part les actionnaires publics doivent détenir ensemble plus de la moitié des voix¹⁵². L'articulation de ces deux dispositions n'est pas toujours évidente, le nombre de sièges détenus par les actionnaires publics étant proportionnel à leur participation¹⁵³, sur un total ne pouvant dépasser dix-huit¹⁵⁴. Il peut arriver, par conséquent, que leur actionnariat leur donne droit à un nombre de sièges supérieur au maximum légal autorisé. Cette hypothèse est favorisée par la multiplication du nombre d'actionnaires ainsi que par l'émiettement de leur participation. Pour pallier ces difficultés, le code crée une « assemblée spéciale » au sein de la société, regroupant les actionnaires publics ne disposant que d'une faible participation au capital et qui ont tout de même droit à être représentés dans les organes délibérants de la société¹⁵⁵. L'obligation d'être représentée n'est pas supprimée, mais

147. Décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (participation financière ou exploitation directe), *JORF*, 21 mai 1955, p. 5073.

148. À titre illustratif, cf. Cour des comptes - Sociétés d'économie mixte locales d'aménagement et de construction - *Rapport public annuel 1990* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1990, p. 351-389, p. 353.

149. Selon les propos du rapporteur du projet de loi au Sénat, cette obligation « constitue un progrès dans la voie du renforcement du contrôle des élus » (GIROD (P) - *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif aux S.E.M.L.* - Paris, Sénat, n° 205, seconde session ordinaire de 1982-1983, p. 15).

150. À titre illustratif, cf. TC, 13 janvier 1997, *Société Spie Trindel c/ Commune de Wisches et M. Alain X.*, Inédit ; Cass. com., 7 mars 2006, *Commune de Carla Bayle c/ FRTP de Midi-Pyrénées, Dr. Sociétés*, août 2006, comm. 122, note. Legros.

151. Article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales.

152. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

153. Article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales.

154. Articles L. 225-17 du code de commerce pour les sociétés à conseil d'administration et L. 225-69 pour celles à conseil de surveillance.

155. Article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales. Pour des illustrations, cf. CRC Bourgogne, ROD 19 décembre 2002, *Société anonyme d'économie mixte d'aménagement de la Nièvre (SAEMAN)* ; CRC Lorraine, ROD 3 avril 2006, *Société lorraine d'économie mixte*

elle est exercée de façon indirecte par une assemblée spéciale, dont la création est obligatoire si les collectivités ne peuvent pas être représentées directement dans les organes délibérants¹⁵⁶ et dont le fonctionnement doit être surveillé par la société¹⁵⁷.

292. La représentation des collectivités territoriales dans les organes délibérants souligne l'ambivalence des relations institutionnelles. L'intégration des collectivités territoriales dans les sociétés leur interdit de modifier la structure des organes représentants, ceux-ci ne pouvant comporter plus de dix-huit représentants. La domination institutionnelle leur permet en revanche de disposer de la majorité des voix dans ces organes. La volonté de syncrétisme du droit des sociétés et d'un droit propre à l'économie mixte locale nécessite des constructions législatives relativement complexes, dès lors que plusieurs collectivités sont actionnaires. Cette domination des organes délibérants conduit naturellement les collectivités territoriales à exercer par elle-même les fonctions de direction des sociétés.

§ 2. L'EXERCICE DES FONCTIONS DE DIRECTION PAR LES ÉLUS LOCAUX

293. Quelles que soient les modalités d'organisation interne d'une société anonyme, sa direction doit être assurée par une personne physique¹⁵⁸ qui en est le représentant légal. Le code général des collectivités territoriales déroge à ce principe organisationnel en permettant aux collectivités territoriales ou à leurs groupements d'exercer les fonctions de direction des sociétés dont elles sont actionnaires. La domination des sociétés d'économie mixte locales par leurs actionnaires majoritaires est garantie autant que légitimée par le législateur. Ne pouvant exercer elles-mêmes ces fonctions, elles désignent, conformément aux recommandations ministérielles¹⁵⁹, un de leurs représentants permanents aux fonctions de direction de l'entreprise. L'exercice des pouvoirs de direction est concentré au profit des élus locaux (II), qui exercent cette fonction comme représentants des collectivités territoriales (I).

d'aménagement urbain (SOLOREM) ; CRC Limousin, ROD 18 août 2009, *Société d'équipement du Limousin (SELI)*.

156. CRC Aquitaine, ROD 1^{er} février 2005, *Société d'économie mixte immobilière de Bruges (SEMIB)*, n°1.

157. CRC Pays de la Loire, ROD 20 août 2010, *Société d'économie mixte Oryon* n° 2.1.

158. La violation de cette disposition entraîne la nullité de la nomination. Articles L. 225-51 du code de commerce pour les sociétés de type moniste, L. 225-59 dudit code pour les sociétés de type dualiste.

159. Les dispositions légales ont été étendues aux groupements de collectivités par la jurisprudence judiciaire. Dès lors que l'article L. 1534-5 du code général des collectivités territoriales permet à de tels groupements d'avoir au moins un représentant dans les organes délibérants de la société, la Cour de cassation en déduit que le groupement est un dirigeant de droit de la société (Cass. com., 26 octobre 1999, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de Velines c/ Lourec*). Dans sa réponse à la question écrite posée par M. Albouy, le ministre de l'Intérieur a précisé que « dans l'hypothèse où une collectivité locale a la qualité de président du conseil d'administration d'une société d'économie mixte locale et qu'elle dispose de plusieurs représentants au sein de ce conseil, il lui appartient de désigner celui de ses représentants qui exercera les fonctions de président » (Rép. min. à QE, n°55281, *JOAN Q*, 21 septembre 1992, p. 4376).

I. LA REPRÉSENTATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DIRIGEANTES PAR LES ÉLUS LOCAUX

294. La représentation des collectivités territoriales au sein des sociétés d'économie mixte locales par des élus locaux a toujours été source de difficultés pour le juge administratif, au regard du droit électoral et, en particulier, au regard des règles d'inéligibilité et d'incompatibilité. Dès qu'une personne physique exerce une « influence prépondérante » dans une société qui entretient des liens commerciaux avec la collectivité dont elle relève, elle est assimilée à un entrepreneur de service municipal, départemental ou régional¹⁶⁰. La détention de pouvoirs de direction par des élus locaux – par la présidence du conseil d'administration si la société est de type moniste ou par l'appartenance au directoire si la société est de type dualiste – a posé davantage de difficultés que l'exercice de fonctions d'administration¹⁶¹. Les dirigeants des sociétés d'économie mixte locales ont une influence prépondérante sur celle-ci, normalement incompatible avec la poursuite de mandats électifs¹⁶². Il ne pourrait en aller autrement que s'ils n'exerçaient pas ces fonctions en leur nom propre, mais en celui des collectivités territoriales. Dans ce cas, leur assimilation à des entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux serait insatisfaisante. L'évolution de la position du juge administratif reflète ces difficultés d'appréhension du rôle des élus.

295. Traditionnellement, le Conseil d'État considérait que la direction d'une société d'économie mixte locale révélait l'exercice d'une influence dominante sur la société et n'était pas compatible avec l'exercice de mandats électoraux. Elle entraînait l'application du régime des incompatibilités et inéligibilités¹⁶³. Le juge fondait son analyse sur la nature de la rémunération perçue au titre de la direction pour en déduire que les élus exerçaient ces fonctions à titre personnel. La rémunération étant un salaire, elle témoignait de leur position de salarié de l'entreprise, et non de représentant des collectivités. Les élus devaient choisir entre leurs fonctions dans la société et leurs mandats électoraux. L'interprétation du juge était logique au regard du droit des sociétés qui interdit l'exercice de fonctions de direction par des personnes morales¹⁶⁴. Cette solution posait cependant une difficulté au regard du droit des sociétés. Lorsque la société est constituée sous la forme moniste, le code de commerce impose que la présidence du conseil d'administration soit confiée à un administrateur de la société, lequel devait être, avant la réforme du 4 août 2008, nécessairement actionnaire¹⁶⁵. L'actionnariat personnel des élus étant incompat-

160. Article L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral.

161. Sur l'application du régime des incompatibilités et inéligibilités des élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales, *cf. supra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

162. Par exemple, *cf.* CE, 23 juin 1978, **Élections municipales d'Huez**, Rec. 274. Confirmant cette approche, J. de Clausade remarque que l'influence prépondérante d'un directeur général salarié « ne saurait être sérieusement contestée » (*in* - Conclusions sur CE, 21 février 1990, **Élections municipales de Vélizy-Villacoublay** - non publiées).

163. CE, 23 juin 1978, **Élections municipales d'Huez**, *op. cit.* ; CE, 21 février 1990, **Élections municipales de Vélizy-Villacoublay**, Inédit ; CE, 8 janvier 1992, **Élections municipales de La Roche-sur-Yon**, Rec. 3.

164. Dans les sociétés de forme moniste, la direction du conseil d'administration et le poste de direction générale de la société ne peuvent être exercés que par des personnes physiques (articles L. 225-47 et L. 225-51-1 du code de commerce) ; dans celles constituées sous la forme dualiste, seules des personnes physiques peuvent être membres du directoire (article L. 225-59 du code).

165. Cette obligation était propre à la présidence du conseil d'administration. La direction générale d'une société moniste ou la nomination au directoire d'une société dualiste n'ont, depuis l'adoption de la loi de 1966, jamais été conditionnées à la qualité d'actionnaire de la société.



tible avec l'exercice de mandats électoraux¹⁶⁶, la position du Conseil d'État était difficilement compréhensible. Soit les élus étaient actionnaires à titre personnel et pouvaient présider le conseil d'administration. Dans ce cas, ils devenaient inéligibles. Soit ils n'étaient pas actionnaires à titre personnel et la présidence du conseil ne pouvait être exercée qu'en tant que représentants des collectivités actionnaires. L'application du régime des incompatibilités était alors infondée¹⁶⁷.

296. Le juge administratif a fait évoluer sa jurisprudence par une décision du 26 juillet 1996, *Élections de Lannemezan*. Il affirme alors que « M. Y. n'était pas, en sa qualité de président-directeur général de la société d'économie mixte locale Énergies services Lannemezan, et à ce titre mandataire de la Commune de Lannemezan, inéligible aux élections municipales de Lannemezan »¹⁶⁸. Cette position est fondée sur les dispositions introduites par la loi du 6 février 1992 qui permettait aux élus locaux d'être les mandataires des collectivités territoriales dans les organes de direction des sociétés d'économie mixte locales¹⁶⁹. Faisant une interprétation extensive des dispositions législatives, le juge administratif considère que les élus locaux peuvent également représenter les collectivités territoriales aux postes de direction et plus seulement d'administration des sociétés¹⁷⁰. Il distingue le cas dans lequel l'exercice des fonctions de direction est lié au mandat d'administrateur, de celui dans lequel les deux fonctions sont dissociées. Demeure entrepreneur de service municipal l'élu local qui, d'une part, possède des actions dans l'entreprise et a été, « à ce titre »¹⁷¹, élu président de la société ou qui est, d'autre part, le directeur général – issu de la société civile

166. Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2.

167. Sur les difficultés de concilier le régime de l'économie mixte locale avec les règles de direction des sociétés d'économie mixte locales, cf. MAJEROWICZ (S) - Des difficultés de la représentation des collectivités locales, administrateurs de sociétés d'économie mixte - *JCP G*, 1991, I, 3543.

168. CE, 26 juillet 1996, *Élections municipales de Lannemezan*, Rec. tables 899. Sur l'évolution de la position du juge administratif, cf. GARTNER (F) - La direction des sociétés d'économie mixte locales par des élus : « entre commerce et transparence » - Note sous CE, 18 décembre 1996, *Élections municipales de Gérardmer* - *RFDA*, 1997, p. 783 et s. ; GIRARDOT (T-X), RAYNAUD (F) - Le contentieux des élections municipales - *AJDA*, 1997, p. 746 et s.

169. Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JORF*, 8 février 1992, p. 2064. Dans sa rédaction issue de la loi, l'article L. 1524-5 alinéa 9 du code général des collectivités territoriales prévoyait que « les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés d'économie mixte locales ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux au sens des articles L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral ».

170. Dans le même sens, cf. CE, 16 octobre 1996, *Élections municipales d'Arache La Frasse*, Inédit : le Conseil d'État considère « que M. X. n'était pas, en sa qualité de président du conseil d'administration de la société d'économie mixte SOREMAC et, à ce titre, mandataire de la Commune d'Araches-la-Frasse (Haute-Savoie), pour le compte de laquelle la SOREMAC assure l'exploitation de remontées mécaniques, inéligible ».

171. CE, 13 mai 1996, *Élections de Saint-Christophe-sur-Guiers* : « M. Y., qui avait été initialement nommé administrateur de la société par le conseil municipal de Saint-Christophe-sur-Guiers, avait cessé d'être administrateur de la société en tant que mandataire de la commune ; qu'il possédait à titre personnel 250 des 2500 actions de la société, et que c'est à ce titre qu'à la date du 30 mai 1995, il a été réélu président de la société ; qu'alors même qu'il n'aurait pas été rémunéré au titre de ses fonctions de président, M. Y. exerçait en cette qualité, à la date des opérations électorales du 11 juin 1995, un rôle prédominant au sein de la société d'économie mixte précitée ; qu'en égard au fait que lesdites fonctions ne se rattachaient pas à sa qualité de mandataire de la commune, M. Y. tombait sous le coup de l'inéligibilité édictée par l'article L. 231-(6°) du code électoral ».

– d'une société dont la commune est l'actionnaire majoritaire¹⁷². *A contrario*, n'est pas entrepreneur de service municipal l' élu représentant permanent qui préside, à ce titre, le conseil d'administration et exerce éventuellement la direction générale de la société¹⁷³.

297. La loi du 2 janvier 2002 reprend et tente de perfectionner ce positionnement jurisprudentiel. Désormais, « les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant, à l'exclusion de toute autre fonction dans la société, les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une société d'économie mixte locale ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux au sens des articles L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral »¹⁷⁴. Venant « combler utilement une lacune »¹⁷⁵ résultant de la loi de 1992, la loi a transposé le régime juridique applicable aux élus mandataires des collectivités territoriales¹⁷⁶. Elle leur permet de diriger les sociétés en complément de leurs fonctions d'administration. Reprenant la jurisprudence du Conseil d'État, le législateur a manifesté son attachement à l'idée de domination des sociétés d'économie mixte locales par leurs actionnaires publics. Le statut des dirigeants est comparable à celui des administrateurs et les élus n'ont plus à choisir entre leur mandat électoral et la direction de la société. Les justifications à la mise en place d'un statut protecteur ne sont cependant pas les mêmes, selon que les élus exercent des fonctions d'administration ou de direction. La désignation d'élus administrateurs est induite par l'actionnariat des collectivités territoriales et l'application du droit des sociétés. La nomination d'élus aux fonctions de direction est la traduction de la prééminence des collectivités territoriales, permise par le contournement du droit des sociétés. Complexe dans sa rédaction, l'article L. 1524-5 aliéna 9 prend en compte la possibilité pour les collectivités territoriales de diriger l'activité des sociétés d'économie mixte locales et contribue au phénomène de concentration des pouvoirs de direction à leur profit, par le biais des élus locaux.

II. LA CONCENTRATION DES POUVOIRS DE DIRECTION AU PROFIT DES ÉLUS LOCAUX

298. En facilitant la nomination des élus locaux aux fonctions de direction des sociétés d'économie mixte locales, le législateur a renforcé la concentration des pouvoirs au bénéfice de ces dernières. Même si le code général des collectivités territoriales ne contient aucune disposition énonçant clairement que les collectivités dirigent les sociétés, la pratique de l'économie mixte locale conduit à ce

172. CE, 11 mars 2009, *Élections municipales de l'Alpe d'Huez*, Req. 318249.

173. CE, 26 juillet 1996, *Élections municipales de Lannemezan*, *op. cit.*

174. Article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121.

175. SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 936. Sur cette question, *cf.*, également, DEVÈS (C) - La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2002, p. 149-151.

176. Article L. 1524-5 alinéa 9 du code général des collectivités territoriales.

constat¹⁷⁷. Pour le juge financier, « le peu d'autonomie des organes dirigeants » des sociétés d'économie mixte locales¹⁷⁸ s'explique par la proximité avec les collectivités territoriales et favorise « l'adéquation des réponses de la société d'économie mixte aux besoins de ses partenaires »¹⁷⁹. Lorsque les statuts prévoient que, seule une personne physique peut diriger le conseil d'administration de la société, le juge financier valide la nomination de la collectivité à ce poste dès lors que la société s'est engagée à modifier ses statuts¹⁸⁰.

299. Le code privilégie la constitution de sociétés d'économie mixte locales dans lesquelles les pouvoirs de direction sont concentrés au profit des élus locaux mandataires des collectivités territoriales. Lorsque les sociétés d'économie mixte locales sont constituées sous la forme moniste, les élus sont systématiquement protégés des risques d'inéligibilité et d'incompatibilité, qu'ils exercent les fonctions de président du conseil d'administration ou qu'ils cumulent cette fonction avec celle de directeur général de la société. D'autre part, lorsqu'elles sont constituées sous la forme dualiste, les élus ne sont plus protégés par les dispositions de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales. Les collectivités territoriales peuvent exercer des fonctions de direction¹⁸¹ mais elles ne peuvent être représentées par leurs élus locaux. Reprenant la position du Conseil d'État dans sa décision *Élections municipales de Gérardmer*¹⁸², le code ne protège pas les élus membres du directoire des sociétés, des risques d'incompatibilité ou d'inéligibilité. Cette position se comprend au regard de la législation commerciale qui incite, de plus en plus, à dissocier les fonctions de direction et de surveillance des sociétés anonymes, en créant des organes collégiaux de direction¹⁸³. Le code de commerce interdit le cumul des mandats dans le directoire et dans le conseil de surveillance¹⁸⁴. Les collectivités ne peuvent être membres du directoire et l'exercice de telles fonctions, par les élus locaux, les place en situation d'inéligibilité ou d'incompatibilité¹⁸⁵.

177. CRC Rhône-Alpes, ROD 26 novembre 2010, *Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard*, n° 1.1 : le juge relève que « la commune, déjà investie statutairement [...] de la fonction de président du conseil d'administration de la SAEM [...] a vu son mandat social étendu aux fonctions de directeur général, à compter du conseil d'administration du 28 février 2008 ».

178. CRC Île-de-France, ROD 30 novembre 2005, *Société immobilière d'économie mixte de la région parisienne secteur sud est (SEMISE)*, I.

179. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 29 mars 2010, *Société d'économie mixte Adévia (Ex Artois Développement)*, p. 2.

180. CRC Aquitaine, ROD 4 février 2010, *Société anonyme d'économie mixte de construction immobilière de Bègles (SAEMCIB)*, I.

181. Les articles L. 2253-5 du code général des collectivités territoriales pour les communes, L. 3231-8 pour les départements et L. 4253-4 pour les régions, leur reconnaissent seulement « la qualité [...] de membre du directoire, de membre ou de président du conseil de surveillance ».

182. CE, 18 décembre 1996, *Élections municipales de Gérardmer*, Rec. 506, *Dr. Adm.*, 1997, n° 64, note Benjamin.

183. Les principes de la *corporate governance* – ou gouvernement d'entreprise – ont en particulier été mis en place par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, invitant à un rééquilibrage des pouvoirs au sein des sociétés anonymes.

184. Article L. 225-74 du code de commerce.

185. Résumant cette problématique, F. Gartner se demandait « quelle est la différence entre Monsieur Lochum, maire d'Araches-la-Frasse, charmante station touristique de Haute-Savoie, désigné par son conseil municipal pour diriger une société d'économie mixte locale gérant un remonte-pente et Monsieur Boulay, maire de Gérardmer, charmante station touristique des Vosges, désigné par son conseil municipal pour diriger une société d'économie mixte locale chargée d'actions culturelles ? Le premier dirige en qualité de président-directeur général d'une société d'économie mixte locale dotée d'un conseil d'administration, le second dirige en qualité de membre du directoire d'une société

300. Les relations institutionnelles s'inscrivent à l'exact opposé des développements récents du droit des sociétés qui préconise une séparation des fonctions d'administration et de direction, même lorsque la société est de type moniste. Ainsi, la loi du 15 mai 2001 a eu pour objectif de limiter la confusion des pouvoirs au profit du président-directeur général, pour promouvoir la « république des administrateurs »¹⁸⁶. La partition des fonctions d'administration et de direction entre deux personnes distinctes est encouragée : au président du conseil d'administration le rôle d'organiser les travaux de l'assemblée des administrateurs, tandis que le directeur général dirige la société, la représente auprès des tiers et assume les responsabilités liées à la direction. Le président du conseil d'administration est maintenu dans la position de représentant de l'assemblée des administrateurs, souvent actionnaire de la société. Mais la loi cherche à donner une légitimité nouvelle au directeur général qui doit être une émanation de la société et non de ses actionnaires. Dans les sociétés d'économie mixte locales, le choix entre la confusion ou la partition des fonctions d'administration et de direction reste très relatif, car le recours à la forme dissociée fait perdre aux collectivités territoriales l'exercice de la direction de la société. Le code général des collectivités territoriales ne mentionne pas le rôle de directeur général parmi les attributions auxquelles peuvent prétendre les collectivités territoriales actionnaires¹⁸⁷. L'élu local, directeur général en dehors de tout mandat au sein du conseil d'administration, est assimilé à un entrepreneur de services municipaux, départementaux ou régionaux¹⁸⁸. Afin d'assurer les collectivités territoriales de leur rôle prééminent au sein des sociétés, la pratique de l'économie mixte locale privilégie les sociétés dans lesquelles la direction est assurée par un élu local exerçant concomitamment les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général (président-directeur général, PDG). Dans cette hypothèse, l'élu est protégé par les dispositions de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales¹⁸⁹.

301. La réforme de 2002 n'a pas favorisé l'indépendance des sociétés vis-à-vis de leurs actionnaires publics. Elle a au contraire légitimé les collectivités territoriales – poussées en ce sens par la Fédération des entreprises publiques

d'économie mixte locale à conseil de surveillance ». Si pour l'auteur il n'y a pas de réelle différence, « en droit électoral, le premier maire est encore en place alors que le second est inéligible » (*in* - La direction des sociétés d'économie mixte locales par des élus : « entre commerce et transparence », *RFDA*, 1997, p. 783).

186. RAPP (L) - Commentaire de la loi n° 2000-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques - *AJDA*, 2001, p. 564.

187. Les articles L. 2253-5 du code général des collectivités territoriales pour les communes, L. 3231-8 pour les départements et L. 4253-4 pour les régions, leur reconnaissent seulement « la qualité de membre ou de président du conseil d'administration ».

188. Pour le Conseil d'État, « considérant qu'il résulte de l'instruction que M. A exerçait jusqu'au 15 septembre 2007 les fonctions de directeur général de la SATA, dont il n'est pas contesté qu'elles lui donnaient un rôle prédominant dans cette société ; que, dès lors, il n'était pas éligible le 9 mars 2008, date du premier tour de scrutin, pour lequel il avait néanmoins présenté sa candidature, alors même qu'il ne pouvait ignorer son inéligibilité » (CE, 11 mars 2009, *Élections municipales de l'Alpe d'Huez*, Req. 318249).

189. Celui-ci s'applique aux élus agissant en qualité de mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements et exerçant « les fonctions de membre, de président du conseil d'administration [...] et de président assurant les fonctions de directeur général » (alinéa 9).

locales¹⁹⁰ – dans leur effort de concentration des pouvoirs de direction¹⁹¹. Leur emprise est telle qu'elles en arrivent à empêcher la dispersion de leurs pouvoirs, lorsque la société essaie pourtant de diminuer leur influence¹⁹².

302. D'une façon plus générale, l'organisation des sociétés d'économie mixte locales est dominée par les collectivités territoriales qui exercent un véritable magistère sur les sociétés d'économie mixte locales. Elles en sont les actionnaires majoritaires et maîtrisent leur fonctionnement, disposant de la majorité des sièges dans les organes délibérants. La domination institutionnelle freine le développement d'un véritable actionnariat privé minoritaire, qui est souvent réduit à une part résiduelle. La déformation de la structure sociale conduit alors les collectivités à créer des sociétés qui ne respectent que formellement l'idée d'un partenariat public-privé. L'économie mixte locale devient une technique de collaboration entre personnes publiques ou parapubliques, instituée sous la forme d'une société commerciale. Cette organisation des sociétés d'économie mixte locales n'est pas, en tant que telle, contraire au droit des sociétés qui n'interdit pas à un actionnaire de devenir majoritaire et d'exercer une influence prépondérante au sein de la société. Cependant, les collectivités territoriales abusent de cette position et endossent souvent le rôle de dirigeant, contrairement à la lettre (seules des personnes physiques peuvent être dirigeantes) autant qu'à l'esprit du droit des sociétés. Le dirigeant, normalement choisi par la communauté des actionnaires, devrait représenter la société et non ses actionnaires¹⁹³. Dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, il n'est bien souvent que le mandataire des collectivités qui exercent les pouvoirs de direction, par son entremise.

303. La détermination de l'objet social et la maîtrise du fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales sont complétées par des contrôles renforcés au profit des collectivités territoriales actionnaires.

190. La Fédération nationale des sociétés d'économie mixte recommande aux collectivités territoriales de « proscrire » le recours aux sociétés de type dualiste car « elle fait peser un réel risque d'inéligibilité sur les élus » (in *SEM, mode d'emploi* - Paris, FNSEM, 2^e éd., 2005, p. 71). Pour contourner cette difficulté, certaines collectivités ont été amenées à désigner certains de leurs membres non élus au directoire de la société.

191. Il n'y a que peu d'exemples de sociétés d'économie mixte locales créées sous la forme dualiste. Et lorsque c'est le cas, il arrive qu'elle soit transformée en société moniste précisément pour permettre « un contrôle de la commune beaucoup plus étroit sur les actes de gestion de la SEM » (cf. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 21 juin 2005, *Société d'exploitation du centre de la pêche artisanale Maréïs*, p. 5 : la société, créée en janvier 2001, a été transformée dès octobre 2002).

192. La Chambre régionale des comptes du Limousin a relevé, à propos de la *SEMALB*, que « le 24 juillet 2002, le conseil d'administration a été informé des nouvelles dispositions législatives [issues de la loi du 15 mai 2001] et une mise en conformité des statuts est intervenue lors de la réunion de l'assemblée générale du 18 juin 2007. Toutefois, aucune décision formelle n'a été prise par les organes dirigeants avant le conseil d'administration du 5 mai 2008, qui a procédé à la nomination du nouveau président-directeur général » (CRC Limousin, ROD 18 novembre 2008, *Société d'économie mixte d'aménagement du Bas-Limousin (SEMABL)*, p. 9).

193. Sur le dirigeant de sociétés commerciales, cf. GIBIRILA (D) - *Le dirigeant de société* - Paris, Litec, 1995, spéc. n° 2 ; ASECIO (S) - *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun* - *RTD com.*, 2000, p. 683 et s.

Chapitre 3

LE RENFORCEMENT DES CONTRÔLES SUR LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

304. La domination institutionnelle des collectivités territoriales est complétée par un système de contrôles renforcés de la société au profit des collectivités territoriales actionnaires¹, soulignant l'originalité de l'économie mixte locale. Le droit des sociétés organise diverses modalités de contrôle sur le fonctionnement des sociétés commerciales. Celui-ci relève en particulier de la compétence du commissaire aux comptes, sous la surveillance du juge judiciaire. Ce système de contrôle interne de la société participe au renforcement de son indépendance par rapport à ses actionnaires². Dans les sociétés d'économie mixte locales, les collectivités territoriales ont un pouvoir de contrôle renforcé sur le fonctionnement de la société. Elles remplacent parfois le commissaire aux comptes ou disposent de prérogatives propres. La répartition de ces pouvoirs de contrôle entre les actionnaires majoritaires et les autres actionnaires est l'une des caractéristiques du déséquilibre du partenariat public-privé institutionnalisé dans la société d'économie mixte locale. Loin de se limiter au seul rôle d'un actionnaire, les collectivités s'assurent que les sociétés mettent tous les moyens en œuvre pour l'accomplissement des missions pour lesquelles elles ont été créées. La multiplication de ces contrôles conduit parfois à de véritables confusions institutionnelles, la société établissant son siège social dans les locaux de son actionnaire majoritaire, souvent à titre gratuit et parfois même sans convention³, voire, dans certains cas extrêmes, mettant des personnels à la disposition de son actionnaire⁴. Ces contrôles des collectivités

1. Sur le contrôle des sociétés d'économie mixte locales, cf. GEY (F) - *Les contrôles des sociétés d'économie mixtes locales : organisation et efficacité* - Thèse, Université de Rennes I, 2000, 745 p.

2. Cette approche est d'autant renforcée que les liens entre le commissaire aux comptes et l'entreprise sont redéfinis : à l'origine simple mandataire des actionnaires, son indépendance a été progressivement renforcée. Sur le commissaire du gouvernement, cf. CHAPUT (Y) - *Le commissaire aux comptes partenaire de l'entreprise* - Paris Presses de sciences Po/ Creda, 1999, 144 p. ; COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *Droit des sociétés* - Paris, Litec, 22^e éd., 2009, n° 811-827 ; SAYAG (A) (dir.) - *Le commissariat aux comptes : renforcement ou dérive ?* - Paris, Litec, 1989, 2 vol., 927 p.

3. Par exemple, cf. Cour des comptes - Les sociétés d'économie mixte de la commune du Barcarès (Pyrénées-Orientales) - *Rapport public annuel 2010* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2010, p. 387 ; CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 11 novembre 2010, *Société d'économie mixte des transports intercommunaux du bassin de la Sambre*, p. 10.

4. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 11 novembre 2010, *op. cit.*, pp. 10-11 : la chambre relève que, durant près de 7 ans, un employé de la société a exercé la fonction de responsable du service transports au sein du syndicat mixte, le conduisant à exercer un contrôle de la société qui l'employait. La

territoriales sur les sociétés sont complétés par des contrôles extérieurs aux relations institutionnelles, réalisés par l'État et les juridictions financières. L'objet du contrôle diffère, car il s'agit dès lors de s'assurer que les actionnaires majoritaires ont mis en œuvre toutes les diligences requises par l'actionnariat de sociétés commerciales⁵. Ces contrôles sont justifiés par les risques que représente l'actionnariat public pour les finances locales. Les contrôles exercés par les collectivités territoriales sur les sociétés d'économie mixte locales (Section I), sont complétés par des contrôles sur les collectivités territoriales, induits par l'actionnariat des sociétés d'économie mixte locales (Section 2).

SECTION 1 LES CONTRÔLES EXERCÉS PAS LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

305. Les collectivités territoriales disposent de pouvoirs de contrôle du fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales qu'elles peuvent exercer en tant qu'actionnaires. Mais leurs pouvoirs ne se limitent pas à ceux des actionnaires et les collectivités s'immiscent dans le fonctionnement des sociétés en contournant la législation commerciale. Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont marquées par cette dualité des logiques de contrôle : s'appuyant sur les pouvoirs des actionnaires de sociétés commerciales, les collectivités territoriales disposent de prérogatives renforcées par rapport à ceux-ci au cours de la vie sociale et dans le cas particulier où l'entreprise rencontre des difficultés économiques et que son redressement ou sa liquidation judiciaire deviennent nécessaires. L'existence de ces pouvoirs spécifiques est justifiée par le caractère d'intérêt général attaché à l'objet social des sociétés d'économie mixte locales. Les contrôles des collectivités territoriales actionnaires sur les actes de gestion des sociétés d'économie mixte locales (§ 1) sont renforcés en cas de difficultés financières de ces dernières (§ 2).

§ 1. LES CONTRÔLES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SUR LES ACTES DE GESTION DES SOCIÉTÉS

306. Les collectivités territoriales disposent de pouvoirs de surveillance de l'activité des sociétés d'économie mixte locales, dérogatoires au droit des sociétés. Ceux-ci sont matérialisés par une obligation de transmission de documents permettant aux collectivités d'exercer des contrôles *a posteriori* de leurs activités. La formulation de cette obligation par l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales est l'aboutissement d'une évolution historique marquant le renforcement de la domination des actionnaires publics sur les sociétés. Malgré la banalisation

chambre relève que cette situation a conduit le syndicat « à se priver d'une personne indépendante » et à ne pas être en mesure de « défendre ses intérêts » (p. 10).

5. Le juge financier se fait fort de relever les dysfonctionnements dans la gouvernance de la société ou dans ses rapports avec les autorités préfectorales (à titre illustratif, cf. CRC Pays de la Loire, ROD 18 août 2010, *Société de parking du Mans*, n° 2.1).

progressive du régime juridique des sociétés⁶, les collectivités territoriales conservent des pouvoirs de contrôle très développés sur les actes des sociétés d'économie mixte locales, faisant douter de l'efficacité des contrôles opérés par les commissaires aux comptes. L'accroissement de la surveillance des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales (I) participe du mouvement d'affaiblissement des commissaires aux comptes dans la surveillance des sociétés (II).

I. LA SURVEILLANCE ACCRUE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES

307. L'évolution progressive du statut des sociétés d'économie mixte à capitaux publics minoritaires puis majoritaires a été accompagnée, dès le milieu du XX^e siècle⁷, d'une réflexion sur la mise en place de mécanismes de contrôle de ces nouvelles entités par les pouvoirs publics. Dans les sociétés dont l'État est l'actionnaire, la présence d'un commissaire du gouvernement au sein de la société peut être observée dès la fin de la première guerre mondiale, dans certaines entreprises dont l'activité revêt un caractère d'intérêt général et qui bénéficient de garanties financières de l'État, même si celui-ci n'en est pas actionnaire⁸. La pratique de la désignation d'un commissaire du gouvernement dans les entreprises dont l'État est actionnaire a été généralisée à partir des nationalisations de 1945-1946, bien qu'elle n'ait jamais été rendue obligatoire⁹. Pour les sociétés d'économie mixte locales, en revanche, le décret du 20 mai 1955 a imposé qu'un « commissaire du gouvernement siège auprès du conseil d'administration des sociétés dont les collectivités possèdent plus de 50 % du capital »¹⁰. La nomination d'un commissaire – généralement le préfet du département – constituait un renforcement des pouvoirs de surveillance sur la société et était justifiée par un impératif de contrôle de leurs activités. Leur présence au sein des sociétés était cependant étonnante car l'actionnariat majoritaire est à lui seul source de domination sur le fonctionnement de la société¹¹. La présence d'un représentant de l'État traduisait davantage une défiance envers l'actionnariat des collectivités territoriales, ou au moins de la volonté d'en surveiller l'exercice¹². Elle se justi-

6. Les lois du 7 juillet 1983 et du 2 janvier 2002 renforcent la nature de société commerciale des sociétés d'économie mixte locales, au détriment de leur appartenance au secteur public local (en ce sens, cf. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, spec. p. 24-27 et p. 31-33).

7. Cf. *supra*, Introduction.

8. La loi du 27 mai 1921 portant programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, (*JORF*, 28 mai 1921, p. 6210) prévoit que l'État soit représenté non seulement par seize membres sur quarante au conseil d'administration mais également par un commissaire du gouvernement (BREDIN (J-D) - *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé* - Paris, LGDJ, 1957, p. 249).

9. Cf. DELION (A) - *Le droit des entreprises et participations publiques* - Paris, LGDJ, 2003, p. 87-88, CARTIER-BRESSON (A) - *op. cit.* - n° 160.

10. Article 6 du décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (participation financière ou exploitation directe), *JORF*, 21 mai 1955, p. 5073.

11. Comme le remarquait M. Prieur, « la société est déjà juridiquement entre les mains de la collectivité » (*in* - *Les entreprises publiques locales* - Paris, Berger-Levrault, 1969, p. 228).

12. Parmi leurs attributions, certaines illustrent davantage que d'autres cet impératif de surveillance : ils assistaient avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration et de l'assemblée générale, voire ils pouvaient provoquer leur réunion ; ils disposaient d'un droit de veto

fiat surtout par la tutelle administrative exercée par l'État sur les actes et finances des collectivités territoriales avant la réforme de la décentralisation de 1982¹³.

308. La suppression du commissaire du gouvernement dans les sociétés d'économie mixte locales en 1983¹⁴ laissait au législateur le choix entre deux options : confier les fonctions de surveillance au seul commissaire aux comptes dans les conditions du droit des sociétés, ou alors maintenir un pouvoir de surveillance extraordinaire et le confier aux collectivités territoriales. Entre l'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des sociétés de droit commun et la préservation des prérogatives des personnes publiques, le législateur a opté pour l'instauration de contrôles publics dérogatoires du droit des sociétés. Ceux-ci se caractérisent, d'une part, par l'obligation pour les collectivités territoriales actionnaires d'autoriser certaines décisions de la société et, d'autre part, par la fourniture aux actionnaires de rapports sur le fonctionnement de la société¹⁵.

309. Loin d'affaiblir les contrôles publics sur les sociétés, la réforme de 1983 a, au contraire, marqué son approfondissement. La présence d'un commissaire du gouvernement ne signifiait pas que les actionnaires publics exerçaient un contrôle renforcé puisque le commissaire représentait l'État – non-actionnaire – et non les collectivités territoriales pourtant actionnaires. D'une part, l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales impose une approbation de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales préalablement à certaines décisions ou évolutions de la société. Elle est obligatoire dès lors que la décision de la société porte sur un projet de modification statutaire ou d'opération sur le capital¹⁶, sur la détermination ou l'évolution de la rémunération ou des avantages particuliers des élus mandataires¹⁷, sur la prise de participation dans une société commerciale ou la création d'une filiale¹⁸. Globalement, les actionnaires majoritaires disposent

ou ils pouvaient « réserver leur avis », le conseil d'administration décidant de lui-même de suspendre sa décision dans l'attente de l'avis du commissaire (*idem*, p. 228-229).

13. Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF*, 3 mars 1982, p. 1730 ; loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences les communes, les départements, les régions et l'État, *JORF*, 9 janvier 1983, p. 215.

14. La fonction de commissaire du gouvernement n'a été supprimée que dans les sociétés d'économie mixte locales. Outre le fait qu'il demeure des commissaires dans certaines entreprises dont l'État est – ou non – actionnaire, sa présence est requise dans certaines sociétés dont les collectivités territoriales sont actionnaires et qui ne relèvent pas du statut de l'économie mixte locale (sur ce point, cf. PELTIER (M) - *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 229-231).

15. Le contrôle étatique des sociétés d'économie mixte locales n'a pas totalement disparu car si le préfet n'est plus commissaire du gouvernement, il demeure compétent pour apprécier la légalité de certains actes des collectivités territoriales actionnaires (cf. *infra*, Section 2, § 2, I).

16. L'article L. 1524-1 alinéa 3 code général des collectivités territoriales vise l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants de la société. En son absence, la chambre régionale et territoriale des comptes « recommande qu'une solution rapide soit trouvée à cette situation qui ne lui paraît pas conforme au code général des collectivités territoriales » (CRC Languedoc-Roussillon, ROD 17 février 2010, *Société d'économie mixte d'aménagement de Carnon Mauguio Étang de l'Or (SAEM ACMEO)*, p. 6).

17. Article L. 1524-5 alinéa 10 du code général des collectivités territoriales (sur la question de la rémunération des élus locaux mandataires, cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 2). Cf. CRC Aquitaine, ROD 1^{er} février 2005, *Société d'économie mixte immobilière de Bruges*, point 3 : « les jetons de présence accordés par la SEMIB et fondés sur une délibération inapplicable, font courir aux administrateurs représentant la ville de Bruges les risques liés à une insécurité juridique certaine ».

18. Article L. 1524-5 alinéa 15 du code général des collectivités territoriales. Cf. notamment CRC Rhône-Alpes, ROD 10 juin 2002, *Société d'équipement du département de la Drôme (SEDRO)*, p. 3-4 : « la création de la SOGEC reposait sur des procédures contestables. Par délibération en

d'un droit de regard sur les décisions fondamentales de la société et doivent donner un accord exprès à tout projet portant sur la structure de la société ou son organisation interne. Ils peuvent exercer un droit de veto, contraire à la logique du droit des sociétés.

310. D'autre part, l'article L. 1524-5 alinéa 14 du code fait obligation aux représentants des actionnaires publics du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de rendre compte de leur mandat et de présenter au moins une fois par an un rapport écrit devant faire l'objet d'une délibération des collectivités territoriales : les comptes rendus annuels d'activité à la collectivité¹⁹. Il ne s'agit pas d'une simple obligation formelle : les organes exécutifs des collectivités territoriales doivent « se prononcer » sur son contenu et ne peuvent se contenter d'en prendre connaissance²⁰. Un tel rapport doit également être établi dès qu'une modification statutaire a été décidée, pour que les actionnaires publics puissent s'assurer de leur exécution correcte²¹. Cette obligation est moins importante que la délibération préalable et l'oubli de formuler les rapports écrits n'est pas sanctionné par le code. Lorsque les collectivités territoriales contractent avec des sociétés d'économie mixte locales – et à plus forte raison lorsqu'elles cumulent les deux types de relations – l'obligation de transmission est renforcée²². Dans la pratique, les élus mandataires ont tendance à ne pas s'y soumettre²³ et le juge financier²⁴ souligne régulièrement cette violation du code, la Cour des comptes relevant par exemple que « l'information de l'assemblée délibérante de la collectivité actionnaire, tant à l'égard du fonctionnement général de la société d'éco-

date du 24 juin 1994, le conseil d'administration décidait de la création d'une filiale à 100 % de la SEDRO, sous forme d'une EURL ayant pour objet la gestion des locaux de toute nature (même ceux n'appartenant pas à la société), la commercialisation et l'expertise d'immobiliers bâtis et non bâtis. Cette création n'a pas fait l'objet d'une autorisation préalable de toutes les collectivités actionnaires » (cf. *supra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1).

19. L'article L. 1524-5 alinéa 14 du code général des collectivités territoriales précise que « lorsque ce rapport est présenté à l'assemblée spéciale, celle-ci assure la communication immédiate aux mêmes fins aux organes délibérants des collectivités et groupements qui en sont membres ».

20. CRC Île-de-France, ROD 4 mai 2009, *Commune de Nanterre*, n° 3-1.

21. Article L. 1524-5 alinéa 14 dans sa rédaction issue de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales (*JORF*, 3 janvier 2002, p. 121).

22. Le code général des collectivités territoriales fait la distinction entre deux types de documents, ceux à transmettre pour information et ceux dont la transmission est obligatoire. Parmi les documents facultatifs figurent le rapport du délégataire de service public (article L. 1411-3 du code général des collectivités territoriales), le bilan des cessions et acquisitions immobilières réalisées pour le compte de la collectivité (article L. 2313-1 du code), le bilan certifié du dernier exercice clos de la société (article L. 2313-1 du code), la nature et le montant des contributions et taxes d'urbanisme (article R. 332-41 et R. 332-42 du code de l'urbanisme) ; parmi les documents transmis pour examen figurent le rapport spécial sur l'exercice de prérogatives de puissance publique (article L. 1524-3 du code), le rapport du délégué spécial (article L. 1524-6 du code), le compte rendu financier, technique et comptable de la convention publique d'aménagement (article L. 300-5 du code de l'urbanisme).

23. Cf. DURAND (G) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 2002, n° 132.

24. Cf., à titre illustratif, CRC La Réunion, ROD 8 novembre 2002, *Société d'économie mixte balnéaire de Saint-Gilles*, p. 2 ; CRC Pays de la Loire, ROD 5 août 2003, *Société d'équipement du département du Maine-et-Loire (SODEMEL)*, p. 10 ; CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 27 avril 2005, *Société d'économie mixte d'exploitation du centre national de la mer (NAUSICAA)*, p. 16 ; CTC Polynésie française, ROD 25 janvier 2006, *Société d'équipement de Tahiti et des Îles (SETIL)*, p. 11 ; CRC Champagne-Ardenne, ROD 14 février 2007, *Société d'économie mixte Europort-Vatry*, p. 23 ; CTC Polynésie française, ROD 31 août 2007, *Tahiti Nui Rava' Ai*, p. 25 ; CRC Rhône-Alpes, ROD 26 novembre 2010, *Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard*, n° 1.3.

nomie mixte que des opérations qui lui sont confiées, est souvent lacunaire »²⁵. Le non-respect de cette obligation peut avoir des répercussions importantes sur la situation financière de la société d'économie mixte locale²⁶.

311. Même si leur oubli n'est pas sanctionné, l'existence de ces rapports souligne l'importance des pouvoirs de surveillance des collectivités territoriales et, par contraste, la méfiance du législateur envers les instruments traditionnels de contrôle des sociétés d'économie mixte locales. Les commissaires aux comptes s'en trouvent d'autant affaiblis.

II. L'AFFAIBLISSEMENT DES COMMISSAIRES AUX COMPTES DANS LA SURVEILLANCE DU FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

312. La présence de commissaires aux comptes au sein des sociétés d'économie mixte locales est obligatoire²⁷, sauf lorsque les sociétés sont créées sous la forme dualiste²⁸. Il y exerce, à titre principal, la fonction de surveillance du fonctionnement de la société et de la régularité de ses actes, par l'exercice de ses devoirs de contrôle²⁹, d'information³⁰ et d'alerte des dirigeants³¹. Sa mis-

25. Cour des comptes - Les évolutions du pilotage et du contrôle de la gestion des collectivités locales - *Rapport public annuel 2009* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2009, p. 290. Centralisant les observations des chambres régionales et territoriales des comptes, elle relève que « les chambres ont très souvent noté soit l'absence de ces documents soit le caractère optimiste de leurs prévisions » (Cour des comptes - *Rapport d'activité en 2004* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2005, p. 42). Allant dans le même sens, cf. Cour des comptes - *Rapport public annuel pour 2004* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2005, p. 302.

26. Ainsi, une absence répétée de rapports annuels – en quatre ans d'existence, aucun rapport n'avait été rendu – peut conduire l'actionnaire public à organiser « une réunion privée » du conseil syndical. Cette absence répétée d'information « n'a pas permis au syndicat d'anticiper les répercussions de la détérioration de la situation financière de la SEML du Confluent. La baisse du chiffre d'affaires (1,3 M€ en 2004, environ 0,9 M€ en 2005 et 2006) et l'apparition de déficits, tant en exploitation (-123 k€ en 2004, -102 k€ en 2005 et -62 k€ en 2006) qu'en termes de résultat net (-166 k€ en 2004, -100 k€ en 2005 et -29 k€ en 2006), nécessitaient, en 2006, un apport supplémentaire de capitaux par les associés, dont 152 k€ pour le SMICTOM d'Aiguillon. En conclusion, ce sont les relations entre le SMICTOM d'Aiguillon et la SEML du Confluent qui ont pâti de ce "manque de transparence" » (CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 12 février 2007, *Syndicat intercommunal des transports de la région de Valenciennes (SITURV)*, p. 8).

27. La présence d'un commissaire aux comptes est rendue obligatoire par l'article L. 225-218 du code de commerce. En l'absence de dispositions dérogatoires au sein du code général des collectivités territoriales, le régime général sur le commissariat aux comptes s'applique aux sociétés d'économie mixte locales. Sur la fonction de commissaire aux comptes dans les sociétés d'économie mixte locales, cf. JUNIÈRES (B) - Les SEML : le commissariat aux comptes - *AJDA*, 1993, p. 614 et s. ; JUNIÈRES (B) - La mission du commissaire aux comptes dans les SEM - *RFC*, 1995, n° 264, p. 59 et s. ; NATIVEL (P) - Le contrôle exercé par le commissaire aux comptes sur les sociétés d'économie mixte locales - *LPA*, 1995, n° 128, p. 31 et s. ; TERRIEN (G) - Le contrôle financier des SEML - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 388-391.

28. Dans cette hypothèse, le code de commerce prévoit que le conseil de surveillance « exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire » portant sur l'opportunité autant que sur la régularité des différentes décisions adoptées par le directoire (article L. 225-68 du code de commerce).

29. Article L. 823-10 du code de commerce.

30. Article L. 823-6 du code de commerce.

31. Article L. 234-1 du code de commerce.

sion principale est de contrôler les comptes annuels de la société³². Il en vérifie la régularité et la sincérité afin de certifier qu'ils donnent une image fidèle du résultat des opérations ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de l'exercice³³. Il peut également mener divers contrôles sur des aspects juridiques liés au fonctionnement de la société³⁴. Pour mettre en œuvre ses pouvoirs il dispose de prérogatives étendues qui se concrétisent, d'une part par une procédure d'alerte du président du conseil d'administration ou du directoire, lequel est tenu de répondre³⁵ et, d'autre part, par la possibilité de saisir le procureur de la République des faits délictueux dont ils ont eu connaissance³⁶.

312-1. La pratique de la fonction de commissaire aux comptes dans les sociétés d'économie mixte locales révèle cependant certaines spécificités. Dans le cadre de leurs missions, ils peuvent être amenés à identifier certains risques encourus par la société. L'approche du fonctionnement des sociétés par les risques est une technique très utilisée par les commissaires aux comptes³⁷. Elle est difficilement compatible avec la spécificité de l'économie mixte locale. D'une part, l'objectif de ces sociétés n'est généralement pas la recherche de profits financiers, mais la satisfaction des besoins publics par la réalisation de missions d'intérêt général³⁸. Les sociétés d'économie mixte locales ne favorisent pas toujours les objectifs de rentabilité et de performance, aboutissant à des situations de déficits compensés, dans une certaine mesure, par des apports des actionnaires publics³⁹. D'autre part, les prises de décisions obéissent souvent à une logique différente de celle du secteur privé dans la mesure où la stratégie de l'entreprise est déterminée par les représentants des collectivités territoriales qui gèrent les sociétés. Les actionnaires privés peuvent difficilement s'opposer aux orientations qu'ils jugent risquées. Ces spécificités inhérentes aux sociétés d'économie mixte locales ne remettent pas en cause l'étendue des pouvoirs de contrôle des commissaires aux comptes, mais rendent leur travail plus délicat. Leurs observations ne sont pas systématiquement suivies d'effets, en particulier lorsqu'ils mettent en œuvre la procédure d'alerte de l'article L. 234-1 du code de commerce. Le juge financier relève fréquemment le cas de sociétés déficitaires,

32. Ce contrôle est quelque peu redondant avec celui opéré par les chambres régionales et territoriales des comptes (*cf. infra*, Section 2, § 2 et JUNIÈRES (B) - Les SEML : le commissariat aux comptes - *op. cit.*, p. 614).

33. Article L. 823-12 du code de commerce.

34. Par exemple, ils doivent s'assurer que les administrateurs et les membres du conseil de surveillance sont bien titulaires des actions dont ils doivent être propriétaires - article L 225-73 du code de commerce - que les modifications statutaires ont bien été opérées régulièrement - article L 210-8 al. 2 dudit code - ou encore que le principe d'égalité entre actionnaires a bien été respecté - article L 225-235 du code de commerce. Leur pouvoir est, selon P. Merle, de « contrôler la régularité de l'ensemble de la vie sociale » (*in - Droit commercial : sociétés commerciales* - Dalloz, 7^e éd., 2000, p. 572).

35. Cette procédure d'alerte doit être mise en œuvre dès que le commissaire aux comptes constate « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation », selon l'article L 234-1 du code de commerce.

36. Article L. 823-12 du code de commerce.

37. Ils mettent en avant les insuffisances de fonds propres, la dégradation des résultats, le niveau anormal des charges financières, facteurs qui entraînent la vulnérabilité de la société, etc.

38. D'ailleurs la création de sociétés d'économie mixte locales à des fins purement financières est contraire à l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales (TA Grenoble, 27 janvier 1988, *Ruphy et autres c/ Commune de La Clusaz*, Req. 32865, JCP, 1989, II 21265, note Devès ; CRC Île-de-France, ROD 6 mars 2009, *Société d'économie mixte de Maurepas (SEMAU)*). *Cf. supra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

39. *Cf. supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

dont l'activité est maintenue alors que le commissaire aux comptes a tenté d'alerter à plusieurs reprises les actionnaires de la situation financière. Dans le cas de la Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard par exemple, le commissaire aux comptes a saisi le président du conseil d'administration de la situation délicate de l'entreprise et du manque de perspectives de redressement de la société, jetant des doutes sur la continuité de l'opération. Dans sa réponse, le président du conseil d'administration, souligne la « pertinence » de l'analyse financière, mais ne souscrit pas aux craintes du commissaire et lui oppose les objectifs de la société qui ne s'analysent pas en des termes purement financiers, mais au regard de la création d'un centre thermal de haute qualité. Les observations du commissaire n'ont pas été suivies et la collectivité territoriale actionnaire a, par la suite, procédé à de nombreux apports financiers pour combler les déficits chroniques de la société⁴⁰. Les chambres régionales et territoriales des comptes soulignent les efforts réalisés par les commissaires aux comptes pour tenter d'alerter les collectivités territoriales gestionnaires de la situation de la société, qui restent le plus souvent sans suites⁴¹. À ces contrôles de la gestion de la société s'ajoutent par ailleurs des contrôles, plus exceptionnels, exercés en cas de liquidation judiciaire.

§ 2. LE RENFORCEMENT DES CONTRÔLES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES EN CAS DE DIFFICULTÉS FINANCIÈRES DES SOCIÉTÉS

313. Sociétés commerciales, les sociétés d'économie mixte locales connaissent les aléas de la vie économique⁴². Lorsqu'elles rencontrent de graves difficultés financières et qu'elles sont menacées de cessation des paiements, elles relèvent des procédures de redressement et de liquidation judiciaires⁴³. Lorsque les difficultés de l'entreprise deviennent trop importantes et qu'elles menacent sa pérennité, le droit des procédures collectives organise trois procédures de

40. CRC Rhône-Alpes, ROD 3 juillet 2009, *Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard*, n° 2.2 ; CRC Rhône-Alpes, ROD 26 novembre 2010, *Commune d'Allevard*, n° 2.2.2 ; CRC Rhône-Alpes, ROD 26 novembre 2010, *Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard*.

41. Par exemple, CRC Poitou-Charentes, ROD 4 août 2007, *Société d'économie mixte du Golf de Loudun-Roiffé*, p. 7-8 : une première procédure d'alerte du conseil d'administration de la société étant restée sans suite, le commissaire aux comptes a engagé une seconde procédure, saisissant l'assemblée générale extraordinaire de la question de la poursuite de l'activité, mais sans que le résultat ne soit plus probant.

42. Pour reprendre une métaphore commune aux sociétés commerciales, elles « naissent, vivent et quelquefois... meurent » (L'HÔTE (V) - L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales : de l'insolvabilité du droit administratif dans le droit commercial - *AJDA*, 2003, p. 2233).

43. Le droit des procédures collectives a été largement réformé par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises (*JORF*, 27 juillet 2005, p. 12187), le législateur ayant souhaité renforcer les procédures de traitement amiable des difficultés financières de l'entreprise. Sur le droit des procédures collectives et leurs évolutions récentes, cf. PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement* - Paris, LGDJ, 9^e éd., 2009, 1161 p., et spec. n° 1-26 ; LIENHARD (A) - Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 - D., 2010, p. 110 et s.

traitement judiciaire des difficultés : la sauvegarde⁴⁴, puis le redressement⁴⁵ et enfin la liquidation, une fois la cessation des paiements constatée⁴⁶. Les sociétés d'économie mixte locales se retrouvent régulièrement confrontées à des difficultés financières pouvant conduire à leur disparition⁴⁷. Celle-ci est parfois encouragée par le juge financier⁴⁸ qui en contrôle alors la réalisation⁴⁹. Cependant, la nature particulière des relations des sociétés d'économie mixte locales avec leurs actionnaires publics est difficilement compatible avec les objectifs du droit des procédures collectives.

314. Lors de la liquidation judiciaire de la société, se pose le problème des modalités de disparition d'entreprises appartenant au secteur public local et chargées de missions d'intérêt général. La dissolution de la société ou la cession de ses actifs doit, au moins sur le principe, respecter la réglementation sur les privatisations⁵⁰. Mais surtout, la mise en œuvre du droit des procédures collectives peut être contrariée par les collectivités territoriales actionnaires, celles-ci s'immisçant dans les orientations stratégiques de l'entreprise en difficulté.

315. Le sort des contrats diffère selon le type de contrat et la phase de la procédure collective engagée à l'encontre de la société. Le choix des orientations stratégiques de l'entreprise est partiellement transféré à un administrateur judiciaire,

44. Articles L. 620-1 et s. du code de commerce. L'objectif de la procédure de sauvegarde est de résoudre les difficultés financières de l'entreprise avant que celle-ci soit en situation de cessation de paiement et que sa liquidation devienne inéluctable. Principale évolution de la loi de 2005, elle vise à permettre un traitement négocié de la situation financière de l'entreprise avec ses créanciers. Cf. PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 227-388.

45. Articles L. 631-1 et s. du code de commerce. L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire vise au sauvetage de l'entreprise en difficulté, une fois la cessation des paiements constatée. Cf. PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 389-409.

46. Articles L. 640-1 et s. du code de commerce. Lorsque la sauvegarde de l'entreprise est impossible, la liquidation judiciaire de l'entreprise est prononcée, entraînant sa disparition et la satisfaction, dans la mesure de la situation financière de l'entreprise, de ses créanciers. Cf. PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 410-506.

47. Sur l'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales, cf. COUDERT (P) - Les sociétés d'économie mixte locales face au droit des procédures collectives : une adaptation nécessaire - *LPA*, 1994, n° 126, p. 9 et s. ; L'HÔTE (V) - *op. cit.* - p. 2233 et s. ; TERNEYRE (P) - Dangers et méthodes de redressement des sociétés d'économie mixte locales en difficulté - *LPA*, 1995, n° 128, p. 35 et s. ; VALLASAN - Procédures collectives et Société d'économie mixte locale - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 273 et s.

48. Par exemple CRC Guadeloupe-Guyane-Martinique, ROD 20 avril 2007, *Société d'étude et de réalisations multiples (SEMSEROM)*, p. 55 : la chambre « recommande qu'il soit, aussitôt que possible, mis un terme à cette société d'économie mixte, par la voie de liquidation » car elle considère « que toutes les difficultés encore pendantes ne peuvent trouver dorénavant de solutions que judiciaires ».

49. Par exemple, CRC Champagne-Ardenne, ROD 30 mars 2004, *Société d'économie mixte d'Epernay et de sa région (EPERSEM)* : la chambre relève « les conditions opaques de la démarche liquidative » entraînant des difficultés financières pour la commune actionnaire majoritaire.

50. Sur le principe de l'application de la réglementation sur les privatisations aux sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra.*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1. Cette contradiction ne présente qu'un caractère formel : la cession d'actif n'est subordonnée qu'à une information du ministre de l'Économie, voire parfois à son autorisation lorsque la taille de la société est suffisante (Sur la procédure de privatisation des entreprises du secteur public, cf. NICINSKI (S) - *Droit public des affaires* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 709-717). Et encore, si la cession est prononcée par le tribunal, il apparaîtrait « singulier qu'un acte administratif fasse autorité sur une décision juridictionnelle » (L'HÔTE (V) - *op. cit.* - p. 2240).

nommé par le tribunal de commerce⁵¹. Pendant la durée de la sauvegarde d'une part, l'administrateur judiciaire est doté de larges pouvoirs pour déterminer si les relations contractuelles établies par l'entreprise lui sont bénéfiques et doivent être poursuivies⁵². Après l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire d'autre part, le tribunal peut adopter un plan de cession de l'activité de la société impliquant le transfert de certains contrats vers un ou plusieurs tiers repreneurs⁵³. La logique du droit des procédures collectives est celle de la préservation du lien contractuel, dans la mesure où celui-ci peut être bénéfique à la société. Par conséquent, l'ouverture d'une procédure collective n'emporte pas, par principe, résiliation automatique des relations contractuelles⁵⁴.

316. L'application du droit des entreprises en difficulté n'est pas aisée dans les relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales avec les collectivités territoriales, celles-ci pouvant s'opposer aux décisions de l'administrateur, puis du liquidateur judiciaire. Dans un souci de protection des missions des collectivités territoriales, le législateur les autorise en effet à s'affranchir de cette législation, parfois au détriment des sociétés d'économie mixte locales. Les enjeux de l'alignement des relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés sur le droit des procédures collectives reflètent les deux conceptions divergentes de l'économie mixte locale. Sociétés commerciales d'une part, elles devraient bénéficier des règles du droit des entreprises en difficulté, dans la mesure où celui-ci tend à favoriser la survie de l'entreprise. Entreprises du secteur public local d'autre part, elles ne sauraient échapper à la domination de leurs actionnaires publics, dont les intérêts peuvent être opposés à leur survie. La législation tente de concilier ces deux approches en prônant une application de principe du droit des entreprises en difficulté sous réserve de dérogations tenant à la nature particulière de certains contrats. Les collectivités territoriales s'immiscent ainsi dans la détermination du sort des contrats de la société d'économie mixte locale avant la liquidation judiciaire (I). Si celle-ci survient, leurs intérêts sont par ailleurs préservés (II).

I. L'IMMIXTION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LA DÉTERMINATION DU SORT DES CONTRATS AVANT LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

317. Le législateur sanctionne d'une nullité d'ordre public les clauses contractuelles prévoyant la résiliation automatique des contrats à l'ouverture d'une procédure collective⁵⁵. Lorsque la société entretient des relations contractuelles avec

51. Lorsque des difficultés de paiement apparaissent, le tribunal de commerce peut ouvrir une procédure de sauvegarde et nommer un administrateur judiciaire (articles L. 621-4 et R. 621-11 du code de commerce) chargé de surveiller ou d'assister le débiteur dans sa gestion de la société (article L. 622-1 du code de commerce). Un administrateur peut également être désigné lors de la liquidation judiciaire (article L. 641-10 du code de commerce). Sa mission est alors légèrement différente puisque, outre ses pouvoirs d'assistance du débiteur, il peut assurer seul – entièrement ou en partie – l'administration de l'entreprise (article L. 631-12 du code de commerce).

52. Article L. 622-13 du code de commerce.

53. Article L. 642-7 du code de commerce.

54. Sur ce point, *cf.* PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 290 (en cas de plan de sauvegarde) et n° 418 (en cas de liquidation judiciaire).

55. Article L. 622-13, I du code de commerce.

des personnes publiques, le Conseil d'État a reconnu que le juge judiciaire est seul compétent pour prononcer la résiliation du contrat⁵⁶.

318. Suite à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, l'administrateur judiciaire doit établir le bilan économique et financier de la société et si possible réunir les conditions favorables à la poursuite de ses activités. Afin de mener cette mission, il dispose de larges pouvoirs accordés par le droit commercial. Il lui appartient de déterminer, notamment, si les relations contractuelles établies par la société sont opportunes et doivent être maintenues. À la suite d'une mise en demeure ou de son propre chef⁵⁷, il peut en ordonner la continuation ou en demander la résiliation au juge judiciaire⁵⁸. Quel que soit son choix il doit œuvrer en vue de préserver l'activité de la société et limiter les pertes financières. La transposition de ces principes aux contrats conclus entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales est imparfaite et illustre le déséquilibre des relations au profit des collectivités.

319. L'approche utilitariste de l'économie mixte locale privilégie la réalisation des missions des sociétés d'économie mixte locales à leurs survies, entraînant la limitation du rôle de l'administrateur judiciaire quant au devenir des relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales avec les collectivités territoriales⁵⁹. Lorsqu'il souhaite mettre fin aux relations contractuelles dans le cadre de la procédure de sauvegarde, l'utilisation de son pouvoir de résiliation est souvent paralysée (A). À l'inverse, les collectivités territoriales peuvent continuer à bénéficier de leur pouvoir de résiliation unilatérale des conventions (B).

A. LA PARALYSIE DU POUVOIR DE RÉSILIATION DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

320. L'utilisation par l'administrateur du pouvoir de résiliation du contrat est souvent contre-productive pour les sociétés d'économie mixte locales, dès lors que la société est constituée pour réaliser une activité définie précisément dans ses statuts. Il arrive fréquemment que la survie d'une société d'économie mixte locale soit liée à l'obtention d'un nombre réduit de contrats, car le législateur impose que ces sociétés soient créées dans les domaines de compétence de leurs actionnaires publics⁶⁰. Cela est d'autant plus vrai lorsque les actionnaires majoritaires de la société sont des établissements publics de coopération intercommunale, dont

56. Selon le Conseil d'État, la présence, dans le cahier des clauses administratives, d'un article permettant la résiliation « ne saurait entraîner la résiliation de plein droit du marché en cas de mise en liquidation de biens de l'entrepreneur ; qu'il a pour seul objet et pour seul effet d'ouvrir au maître de l'ouvrage la faculté de mettre fin au marché, dans un délai raisonnable, à compter du jugement de liquidation ; que, par suite, c'est à tort que les premiers juges ont prononcé d'office la résiliation du marché » (CE, 9 octobre 1989, *Crédit industriel et commercial (CIC)*, Rec. tables 781).

57. Il s'agit d'une clarification apportée dans la rédaction de l'article L. 622-13 du code de commerce par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté (*JORF*, 2008, p. 19462). Cf. ROUSSEL GALLE (P) - Les « nouveaux » régimes des contrats en cours et du bail - *Rev. pro. coll.*, 2009, article 7, n° 7-12.

58. Article L. 622-13 du code de commerce.

59. La question d'une limitation des pouvoirs de l'administrateur ne se pose que dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Les contrats conclus par les sociétés d'économie mixte locales avec des tiers, qu'ils soient ou non actionnaires, sont soumis au régime du droit des procédures collectives, sans exceptions.

60. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales. Sur la délimitation de l'objet social des sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

la compétence est (par définition) limitée à un nombre précis de domaines⁶¹. De plus, les sociétés d'économie mixte locales peuvent difficilement diversifier leurs activités, car elles doivent être complémentaires.

321. Les administrateurs sont dans une position paradoxale : alors que leur pouvoir de résiliation a vocation à protéger la société en leur permettant de mettre fin aux contrats désavantageux, il devient une menace dans le cadre des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. L'administrateur ne peut influencer sur les orientations contractuelles de la société que lorsque celle-ci réalise plusieurs missions d'intérêt général au bénéfice d'une ou de plusieurs collectivités ou est titulaire de plusieurs contrats⁶². Il s'agit en particulier des sociétés d'économie mixte locales d'aménagement, en particulier lorsque plusieurs collectivités territoriales en sont actionnaires⁶³. Dans les autres hypothèses, sa décision de mettre fin aux relations contractuelles a des conséquences contraires à la logique du droit des procédures collectives puisqu'elle conduit à la disparition de la société. L'administrateur n'a donc d'autre possibilité que de renoncer à son utilisation.

322. Les sociétés d'économie mixte locales gestionnaires de services publics sont particulièrement concernées par cette configuration, qu'il s'agisse de sociétés de chauffage urbain⁶⁴, de transports en commun⁶⁵, de gestion de l'eau⁶⁶ ou

61. Par exemple, CRC Midi-Pyrénées, ROD 24 janvier 2003, *Syndicat mixte Centre Jean-Henri Fabre de Saint-Léons en Lévézou* ; CRC Midi-Pyrénées, ROD 24 janvier 2003, *Société d'économie mixte Cité des insectes* : la société a été créée uniquement pour l'étude, l'aménagement et la gestion de la Cité des insectes "MICROPOLIS" en Lévézou ». Par ailleurs, « une société d'économie mixte, la SEM Cité des Insectes, a été choisie pour en assurer l'exploitation, dans le cadre d'un contrat d'affermage (rapport concernant le syndicat, p. 3).

62. Il retrouve également la plénitude de ses pouvoirs dans les relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales avec les tiers, car il s'agit souvent de contrats que les sociétés passent pour faciliter la réalisation de leurs objets sociaux.

63. Cf. CRC Franche-Comté, ROD 6 janvier 2009, *Société d'équipement du département du Doubs (SEDD)* ; CRC Pays de la Loire, ROD 6 février 2009, *Société d'équipement et de construction de la Sarthe (SECOS)*. L'assise départementale permet à de telles sociétés de diversifier leurs centres d'intérêts et leurs activités. À l'inverse, les sociétés d'aménagement mono-communale concentrent leurs activités sur un nombre limité de projets (cf. CRC Languedoc-Roussillon, ROD 17 février 2010, *Société d'économie mixte d'aménagement de Carnon Mauguio Étang de l'Or (SAEM ACMEO)* : « La chambre note que le nombre d'opérations d'aménagement que les communes actionnaires ont confié à la société est très faible. Entre 2002 et 2006, la Commune de Mauguio est l'unique concédante de deux opérations, l'une (ZAC de la Louvade) remontant à 1991, l'autre (ZAC de Solignac) confiée en juin 2006 a été abandonnée et sera clôturée en 2008. En 2007, la Commune de Saint-Aunès a confié à la société l'aménagement de la ZAC des Châtaigniers » (p. 12).

64. Cf. CRC Île-de-France, ROD 14 août 2008, *Société alfortvillaise de gestion du chauffage urbain (SAGECHAU)* : la société, créée par la commune et un syndicat intercommunal, a statutairement vocation à gérer le réseau de chauffage d'Alfortville. La résiliation du contrat d'affermage la liant à la commune entraînerait, de facto, sa disparition. Cf., également, CRC Île-de-France, ROD 26 octobre 2007, *Société anonyme d'économie mixte pour la gestion de la géothermie et des réseaux de Maisons-Alfort (SEMGEA)*.

65. Cf. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 12 février 2007, *Société d'économie mixte des transports urbains de la région de Valenciennes (SEMURVAL)* : « l'objet de la SEMURVAL est principalement d'exploiter les services de transport de voyageurs à l'intérieur du périmètre urbain ressortissant à la compétence du SITURV [Syndicat intercommunal des transports urbains de la région de Valenciennes] et, accessoirement, à l'extérieur du même périmètre » (p. 3).

66. Cf. CRC Alsace, ROD 3 août 2004, *Société d'économie mixte départementale des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin (SEMDEA)*, p. 3 : l'objet social de la société n'est pas limité à la gestion de l'eau d'une commune, mais cinq contrats assurent plus de 80 % des revenus de la société. Dans cette

de toute autre activité⁶⁷. Elles sont en général titulaires d'un seul contrat dont la résiliation engendrerait la disparition de l'objet de la société et, *in fine*, de la société elle-même⁶⁸.

323. Lorsque les sociétés d'économie mixte locales gèrent des services publics, le pouvoir de résiliation des administrateurs judiciaires est également paralysé par le principe de la continuité de ces services⁶⁹. Ainsi, les titulaires d'une délégation de service public ne peuvent pas cesser spontanément d'exécuter leurs prestations en dehors d'un cas de force majeure ou d'un fait de l'administration rendant son exécution impossible⁷⁰. L'administrateur judiciaire, confronté à l'ouverture de la procédure de sauvegarde d'une société d'économie mixte locale délégataire de service public, n'a d'autre choix que d'œuvrer à la réalisation du contrat, quelles qu'en soient les conséquences quant à l'équilibre financier de la société. La conciliation délicate entre les règles de droit public et le droit des procédures collectives engendre une situation paradoxale pour les collectivités territoriales⁷¹. Par le recours à une société d'économie mixte locale, elles ont choisi une méthode d'externalisation de la gestion des services publics. Les difficultés financières rencontrées par les sociétés d'économie mixte locales dans ce cadre ne permettent pas aux administrateurs de mettre fin aux contrats, alors qu'en cas de disparition de la société, seules les collectivités territoriales délégantes subissent les préjudices financiers de la continuation de l'activité. Que l'administrateur puisse ou

circonstance, la décision de résilier un contrat avant son terme pourrait être lourde de conséquence quant à l'avenir même de la société. Cf. également CRC Rhône-Alpes, ROD 8 mars 2005, *Société d'économie mixte des eaux de la région grenobloise et d'assainissement du Drac inférieur (SERDAGI)*.

67. Cf. par exemple CRC Poitou-Charentes, ROD 4 août 2007, *Société d'économie mixte du Golf de Loudun-Roiffé* : « en décembre 1990, le SISEL (Syndicat intercantonal de solidarité pour l'expansion du loudunais) a créé, avec la Compagnie générale d'espaces verts, la SEM du Golf de Loudun-Roiffé, à raison respectivement de 70 % et 30 % des actions, pour lui confier la gestion du centre de loisirs qu'il a aménagé sur ce site », par la voie d'une convention signée le 31 décembre 1990 et la chargeant « [d']assurer la gestion, l'entretien et l'exploitation » des aménagements (p. 4). La résiliation de cette convention aurait pour conséquence la disparition de la société, celle-ci n'ayant plus les moyens d'assurer ses missions statutaires. Cf. également CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, Avis 4 mai 2007, *Société anonyme Martignes Communication*, société chargée par la voie contractuelle de la communication institutionnelle de la commune, avec le risque pénal que cela implique (cf. Cass. crim., 25 juin 2008, *MM. Paul M. et Jean G.*, Bull. crim., n° 166, BJCL, 2008, p. 723 et s., note Janicot).

68. C. Boiteau relève ainsi que « les pouvoirs et la marge de manœuvre de l'administrateur sont immédiatement amputés » (*in* - Les sociétés d'économie mixte locales et les contrats de délégation de service public - *RFDA*, 2005, p. 950). Lorsque les collectivités territoriales souhaitent changer de mode d'une activité de service public, elles peuvent, dans un premier temps, décider de ne pas reconduire le contrat conclu avec la société d'économie mixte locale. Devenue inutile, la société est par la suite dissoute (par exemple, cf. CRC Aquitaine, ROD 22 septembre 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux (CUB)*).

69. Sur la notion de continuité des services publics, cf. GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *Droit du service public* - Paris, Montchrestien, 2007, 2^e éd., n° 1264-1315 et, en particulier, n° 1311-1313.

70. CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. 125, GAJA, n° 31. Sur la notion de force majeure appliquée aux délégations de service public, cf. CHAPUS (R) - *Droit administratif général* - Paris, Montchrestien, Tome 1, 15^e éd., 2001, n° 783 ; GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *op. cit.* - n° 1311 : les auteurs rappellent qu'elle est un événement extérieur à la volonté des parties, imprévisible et qui bouleverse l'économie générale du contrat (il n'est cependant pas exigé qu'elle rende l'exécution dudit contrat impossible).

71. Pour un aperçu de la question de l'applicabilité du droit des procédures collectives aux personnes publiques, cf. CHARLES (H), DERRIDA (F) - Les contrats administratifs dans les procédures collectives - *D.*, 1977, IV, chron., p. 29 et s. ; LISSANDRO (G) - Observations sur le droit public dans les procédures collectives - *Rev. pro. coll.*, 1999, p. 195 et s.

non résilier les contrats des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales n'empêche pas les collectivités de supporter les conséquences financières de la mauvaise gestion de l'entreprise. En cas de maintien de l'activité, elles doivent les aider à survivre et en cas de résiliation, et – éventuellement – de disparition de la société, elles sont les principaux garants des dettes sociales en leur qualité d'actionnaires majoritaires.

324. Les pouvoirs de l'administrateur judiciaire sont paralysés tant que dure la procédure de sauvegarde de la société d'économie mixte locale. En conséquence, la détermination du sort des contrats revient aux collectivités territoriales dont le pouvoir de résiliation unilatérale n'est pas entravé par l'ouverture de la procédure collective.

B. LA PRÉSERVATION DU POUVOIR DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

325. Les administrateurs judiciaires ne sont pas les seules autorités à disposer du pouvoir de résiliation des contrats des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. L'interdiction d'organiser la résiliation unilatérale d'un contrat en cas d'ouverture d'une procédure collective⁷² ne préjuge pas des pouvoirs exorbitants dont les collectivités territoriales disposent en tant que cocontractants des sociétés d'économie mixte locales, dans la mesure où aucune disposition législative ne l'interdit.

326. Les collectivités territoriales peuvent mettre en échec les pouvoirs de l'administrateur judiciaire en procédant à la résiliation unilatérale de leurs relations contractuelles avec les sociétés d'économie mixte locales pour inexécution – fautive ou non – de la société ou pour des motifs liés à l'intérêt général⁷³. En premier lieu, la reconnaissance d'un pouvoir de résiliation pour inexécution n'est pas certaine, en effet le code de commerce prévoit que « le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur »⁷⁴. Sous l'ancienne législation⁷⁵, le juge judiciaire avait interprété les dispositions du code permettant d'obtenir la résiliation des contrats que l'inexécution touchait comme une obligation de faire ou une obligation de paiement d'une somme d'argent⁷⁶. Cependant, la rédaction nouvelle et sans ambiguïté du code fragilise cette interprétation. Désormais l'article L. 622-13 dispose que « le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture », et que « le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif ». L'affirmation de V. L'Hôte selon laquelle une exécution fautive du contrat par les sociétés d'économie mixte locales peut donner lieu à résiliation unilatérale par l'administration, dès lors qu'elle n'est pas prononcée pour des motifs financiers, est fragilisée⁷⁷. En l'absence de jurisprudence, la solution demeure incertaine

72. Article L. 622-13 du code de commerce.

73. Cf. RICHER (L) - *op. cit.* - n° 450-474.

74. Article L. 622-13, I du code de commerce.

75. Avant la réforme réalisée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12187.

76. Cass. com., 28 mai 1996, *Société Norexpo*, Bull. civ. IV, n° 149, *JCP E*, 1996, I, 584, note Pétel.

77. L'HÔTE (V) - *op. cit.* - p. 2236-2237.

mais il serait étonnant que le juge écarte l'application du code de commerce en l'absence de dispositions législatives expresses contraires. Dans la pratique, les collectivités territoriales n'hésitent pas à résilier leurs conventions avec les sociétés d'économie mixte locales lorsque celles-ci sont en difficulté, parfois dans l'intérêt présumé de la société. Le résultat n'est généralement pas à la hauteur de leurs espérances et conduit presque inévitablement à la liquidation judiciaire, la société étant déjà en difficulté et perdant des gains certains⁷⁸.

327. La possibilité, en second lieu, de résilier les contrats pour un motif d'intérêt général présente moins de difficultés dans la mesure où le cocontractant bénéficie d'une compensation financière intégrale pour les préjudices subis ou les gains manqués⁷⁹. Présenté comme « l'un des droits de l'administration les moins contestés »⁸⁰, il s'applique pour tous les contrats administratifs et ne peut être écarté que par la voie législative⁸¹. L'article L. 622-13 du code de commerce n'encadre que les modalités de résiliation pour inexécution des obligations contractuelles. Il faut en déduire – *a contrario* – que le législateur n'a pas souhaité priver l'administration de son pouvoir de résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général.

328. Les collectivités territoriales, en tant que cocontractantes des sociétés d'économie mixte locales, peuvent largement user de leur prérogative de puissance publique de résiliation unilatérale des contrats. Il ne s'agit pas d'un pouvoir spécifique aux relations contractuelles avec ces sociétés, mais son utilisation au sein de celles-ci a des conséquences particulières. Elle entraîne la disparition de la société lorsque l'objet social de celle-ci était lié à l'obtention dudit contrat. La préservation du pouvoir de résiliation unilatéral des contrats transforme les collectivités territoriales en administrateurs judiciaires *de fait* des sociétés d'économie mixte locales, accentuant le déséquilibre du contrat à leurs profits. Les collectivités territoriales ont largement les moyens d'orienter la procédure de sauvegarde en influant sur le sort de leurs relations contractuelles avec les sociétés d'économie mixte locales. En cas de liquidation judiciaire cette influence est renforcée, le législateur ayant cherché à protéger les intérêts des cocontractants publics des sociétés.

II. LA PRÉSERVATION DES INTÉRÊTS DES COLLECTIVITÉS ACTIONNAIRES LORS DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

329. L'échec de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire conduit le juge à entamer la liquidation judiciaire⁸². L'ouverture de la procédure

78. Par exemple, CRC Bourgogne, ROD 5 juin 2002, *Société d'économie mixte d'aménagement de la Ville de Sens (SEMASENS)*, n° 5 : la continuité de la société était menacée, suite à des problèmes financiers récurrents. Pour alléger ses charges, la commune actionnaire a allégé la structure de la société, et, en désespoir de cause, a fini par résilier un certain nombre de conventions, dans le même temps qu'était prononcée sa liquidation judiciaire. Cf. également CRC Lorraine, ROD 10 juillet 2009, *Communauté de communes du Pays de Pont-à-Mousson*.

79. LISSANDRO (G) - *op. cit.* - p. 201.

80. PÉQUIGNOT (G) - *Théorie générale du contrat administratif* - Perpignan, Imprimeries du Midi, 1945, p. 391, cité par RICHER (L) - *op. cit.* - n° 453.

81. En particulier, il ne peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel (cf. CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, RFDA*, 1996, p. 21 et s., concl. Genevois). Cf. RICHER (L) - *op. cit.* - n° 453.

82. La liquidation est « destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur pour une cession globale ou partielle de ses droits et de ses biens » (article L. 640-1 du code de commerce). Sur la procédure de liquidation judiciaire, cf. PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 410-506.

ne conduit pas inéluctablement à la disparition de l'entreprise. Si la cessation de l'activité reste le principe qui la sous-tend, le code de commerce autorise sa poursuite lorsque « la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige »⁸³. Cette cession a alors « pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome »⁸⁴ et peut porter sur l'ensemble de l'actif de l'entreprise ou être limitée aux contrats « nécessaires au maintien de l'activité »⁸⁵. Le droit des procédures collectives est marqué par la volonté du législateur de préserver au maximum l'activité économique et les emplois.

330. La préservation de l'activité des sociétés contraste avec le souci de protection des collectivités territoriales qui transparaît dans leurs relations avec les sociétés d'économie mixte locales. La cession des contrats est contrariée et le législateur a introduit un mécanisme de résiliation automatique de certains contrats au profit des collectivités. Les sociétés d'économie mixte locales sont ramenées à un simple mode de gestion des activités des collectivités. L'intérêt de ces dernières prime sur celui de la société, même si les deux peuvent parfois se rejoindre. Lors de la liquidation, le principe de la cessibilité des contrats des sociétés d'économie mixte locales est conditionné par les collectivités territoriales actionnaires (A). Il est même nié pour les délégations de service public et les concessions d'aménagement (B).

A. LA CESSIBILITÉ CONDITIONNÉE DES CONTRATS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

331. Le principe de la cessibilité des contrats passés entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales a été affirmé à diverses reprises dans les années 1990⁸⁶. À l'appui de celle-ci, U. Ngampio-Obélé-Bélé fait valoir que le domaine d'application de l'article L. 642-7 du code de commerce est très étendu car il vise la majorité des contrats nécessaires au maintien de l'activité d'une société⁸⁷. La cessibilité des contrats dépend donc de l'applicabilité de la disposition du code aux contrats administratifs. Rien ne s'y oppose dans la théorie, mais le juge administratif en limite l'étendue.

332. La présence d'un fort *intuitus personae* dans les relations contractuelles pourrait être un argument favorable au refus de leur cession à des tiers : les collectivités territoriales, en contractant avec les sociétés d'économie mixte locales, ne se contentent pas de confier une mission à des tiers. Le juge judiciaire adopte une attitude réservée pour l'interprétation du caractère *intuitus personae* lors de la liquidation judiciaire. La cession n'est interdite que lorsqu'elle est incompatible avec le maintien des éléments essentiels du contrat⁸⁸. En pratique, la reconnais-

83. Article L. 641-10 du code de commerce.

84. Article L. 642-1 du code de commerce.

85. Article L. 642-7 du code de commerce.

86. Cf. BIZET (J-F), DEVÈS (C), DUPUIS (M-A) - De quelques difficultés de concilier, au sein des sociétés d'économie mixte locales, les règles du droit commercial et celles du droit administratif - *Dr. Adm.*, dec. 1991, p. 1 et s. et 1992 n° 1 p. 1 et s. ; NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - PUAM, 1998, p. 248 et s.

87. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *op. cit.* - p. 248. En particulier, l'article L. 642-7 du code de commerce fait référence aux « contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services ».

88. PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 458.

sance de l'incessibilité est très rare et la Cour de cassation a reconnu que des contrats de droit privé dont la passation est soumise à un fort *intuitus personae*, tels que les contrats de franchise⁸⁹, les contrats de crédits⁹⁰ ou les contrats de licence⁹¹ peuvent être cédés. Seul compte le maintien de l'activité dès lors que son transfert ne rend pas son exécution impossible⁹².

333. L'argument du caractère *intuitu personae* n'empêche par la cession des contrats d'une société et donc d'une société d'économie mixte locale, en cas de liquidation judiciaire. La solution, reprise pour les contrats administratifs, a cependant été aménagée par le Conseil d'État. Dans un avis du 8 juin 2000, le juge administratif a posé trois conditions à sa validité : le contrat ne peut être transmis qu'à une personne morale distincte, la cession devant entraîner la reprise pure et simple des droits et obligations résultant du contrat initial et ne pouvant intervenir qu'après une autorisation expresse de la collectivité⁹³. Les deux premières conditions ne posent pas de difficultés pour les sociétés d'économie mixte locales, l'article L. 642-7 du code de commerce prévoyant la reprise du contrat cédé « aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire ». La dernière condition, relative à la nécessité d'un accord préalable, pose plus de difficultés. Pour le Conseil d'État, cette exigence est la conséquence directe de l'*intuitus personae* des délégations de service public, et dans une moindre mesure des marchés publics. Dans la pratique, la cession des contrats administratifs ne devrait pas entraîner de difficultés car elle ne modifie pas l'équilibre du contrat⁹⁴. Cependant, cette condition limite les pouvoirs du juge judiciaire qui doit demander une autorisation aux collectivités territoriales cocontractantes, alors que le droit des procédures collectives le dote de prérogatives renforcées quant à la détermination du sort des contrats. Si la collectivité territoriale ne donne pas son accord à la résiliation unilatérale du contrat – qui n'est plus réellement unilatérale – le défaut de consentement la rend inopposable aux collectivités territoriales⁹⁵.

334. Par principe admise dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, la cessibilité des contrats a cependant été limitée dans certains cas, lors de la réforme du statut des sociétés d'économie mixte locales du 2 janvier 2002.

B. L'INCESSIBILITÉ DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC ET DES CONCESSIONS D'AMÉNAGEMENT DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

335. Le code général des collectivités territoriales interdit la cession de certains contrats des sociétés d'économie mixte locales. Plus précisément, « les

89. Trib. com. Marseille, 7 septembre 1987, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 73 et s.

90. Trib. com. Paris, 18 avril 1987, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 393 et s.

91. CA Poitiers, ch. civ., *Rev. proc. coll.* 1989, p. 528 et s.

92. Il s'agit, par exemple, de la liquidation judiciaire d'un franchiseur, dès lors qu'il est impossible à un repreneur, même de bonne volonté, de transmettre au franchisé le savoir-faire original constitutif de l'objet même de la franchise (CA Paris, 15 décembre 1992, *JCP G*, 1994, II, 22205, note Derrida, cité par PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 458).

93. CE Avis, Sect. finances, 8 juin 2000, n° 364.803, *AJDA*, 2000, p. 758 et s., obs. Richer.

94. LISSANDRO (G) - *op. cit.* - p. 200.

95. L'HÔTE (V) - *op. cit.* - p. 2238.

concessions passées sur le fondement de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme ou les contrats de délégation de service public sont automatiquement résiliés et il est fait retour gratuit à la collectivité territoriale ou au groupement des biens apportés par ces derniers et inclus dans le domaine de la convention ou de la concession »⁹⁶. Tous les contrats des sociétés d'économie mixte locales ne sont pas concernés par cette disposition qui n'a vocation à s'appliquer que dans leurs relations avec les collectivités territoriales. Le code ne vise pas expressément les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, mais le mécanisme de l'article L. 1523-4 du code se fonde implicitement sur celles-ci.

336. Lorsque les collectivités territoriales nouent des relations contractuelles avec des sociétés dont elles ne sont pas actionnaires, la résiliation d'office des contrats et le retour des biens sont difficilement compréhensibles au regard du droit commun. Il n'y a pas de différence entre le choix d'une société d'économie mixte locale ou d'une société de droit commun pour l'exécution d'un contrat public. Par contre, lorsque la collectivité territoriale cocontractante est également l'actionnaire majoritaire de la société, la résiliation d'office du contrat acquiert une autre signification. Elle marque la domination des actionnaires publics sur la société. Cette dernière est ramenée au rang d'outil dont les collectivités territoriales usent pour réaliser des missions liées à la satisfaction de l'intérêt général. Le mécanisme de protection s'inscrit alors dans une logique utilitariste de l'économie mixte locale : lorsque la société ne parvient pas à remplir les missions pour lesquelles elle a été créée, ses actionnaires publics reprennent l'exécution des activités confiées par contrat. Cette dualité des relations justifie la dérogation législative à l'interdiction absolue de la résiliation automatique des contrats en cas de liquidation judiciaire. La résiliation d'office (1) et le retour automatique des biens affectés aux délégations de service public et concessions d'aménagement (2) soulignent la complémentarité des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales.

1. La résiliation d'office des délégations de service public et concessions d'aménagement

337. Le droit applicable dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales s'oppose directement à la lettre du code de commerce en organisant la résiliation automatique de certains contrats⁹⁷. Alors même que le législateur s'oppose à tout aménagement à cette règle, le principe de continuité des contrats « n'est plus, cette fois, d'ordre public »⁹⁸. En conséquence, la résiliation de plein droit des contrats de délégation de service public et des

96. Article L. 1523-4 du code général des collectivités territoriales.

97. Article L. 641-11-1 du code de commerce : au terme de celui-ci, « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture ou du prononcé d'une liquidation judiciaire ».

98. VALLANSAN (J) - *op. cit.* - p. 280. *Cf., in fine*, Cass. com., 2 juin 2004, *Société Léon Grosse c/ Société d'économie mixte Côte d'Or d'aménagement (SOCORAM)*, Inédit. La portée de l'article L. 641-11-1 du code de commerce est à relativiser : il interdit toute procédure de résiliation automatique, même organisée par le législateur. Or, le mécanisme de l'article L. 1524-3 du code général des collectivités territoriales a également valeur législative. Confrontée à une norme de même valeur, l'interdiction du code de commerce apparaît relative, et peut être écartée au bénéfice de la règle selon laquelle *Lex specialis derogat generali* (la loi spéciale déroge à la loi générale).

concessions d'aménagement doit être constatée dès lors que la société d'économie mixte locale est mise en liquidation judiciaire.

338. La résiliation automatique des contrats d'aménagement et des délégations de service public a été introduite dans le code général des collectivités territoriales par la loi de modernisation de ces sociétés du 2 janvier 2002⁹⁹. Le législateur n'a pas cherché à contrarier l'application du droit des procédures collectives. Au contraire le rapporteur Girod expliquait, lors des débats parlementaires, que la nouvelle rédaction de l'article tendait à une « harmonisation » du droit de l'économie mixte locale avec celui des procédures collectives¹⁰⁰. Il semble néanmoins qu'il ait davantage été préoccupé par la protection des collectivités territoriales que par une adéquation avec le droit des procédures collectives.

339. La résiliation automatique est conditionnée à un certain type de procédure (la liquidation judiciaire de la société) et seulement pour certaines formes contractuelles. La limitation du mécanisme est logique dans la mesure où l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne trahit pas de risque de cessation de l'activité de l'entreprise. Au contraire, elle permet à la société de concentrer ses efforts sur la réalisation de l'activité. Lorsqu'une liquidation judiciaire est envisagée, la cessation de l'activité devient une hypothèse plausible¹⁰¹. Dans les relations contractuelles, une telle circonstance peut être dangereuse pour les collectivités territoriales car les activités ne pourront être reprises par les collectivités territoriales si le juge judiciaire décide de leur cession à des tiers¹⁰². Pour pallier ce risque, le législateur impose la résiliation dès l'ouverture de la procédure de liquidation.

340. La limitation du mécanisme de la résiliation automatique aux seules délégations de service public et concessions d'aménagement n'est pas étrangère à la logique de protection des collectivités territoriales cocontractantes. Il s'agit de contrats caractérisés par un *intuitus personae* renforcé, qui impliquent que les collectivités confient ou fassent réaliser des biens ayant vocation à réintégrer leur patrimoine. La préservation de l'intérêt général attaché à la réalisation de ces contrats justifie leur résiliation automatique. Cette disposition est cependant tout à fait propre à l'économie mixte locale et ne trouve pas à s'appliquer dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec d'autres tiers, publics ou privés. Elle marque le déséquilibre des relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, bien que le législateur ait organisé des modalités d'indemnisation des sociétés¹⁰³. L'intérêt général attaché à la réalisation des objectifs contractuels prime la survie de la société. Pour garantir son efficacité, la résiliation automatique des contrats se double d'un retour automatique des biens qui lui étaient attachés.

99. Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121.

100. GIROD (P) - *Rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi sur la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 77, p. 48.

101. Sur la cessation de l'activité, cf. PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 416-421.

102. En cas de cession d'un contrat par le juge judiciaire dans le cadre d'une liquidation judiciaire, la personne publique perd l'usage de son pouvoir d'autorisation de la cession du contrat (cf. RICHER (L) - *op. cit.* - n° 434-437).

103. Article L. 1523-4 du code général des collectivités territoriales.

2. *Le retour automatique des biens attachés aux délégations de service public et aux concessions d'aménagement des sociétés d'économie mixte locales*

341. En complément de la résiliation d'office, l'article L. 1523-4 du code général des collectivités territoriales organise le retour automatique des biens attachés à l'exécution de ces contrats. Faisant écho au régime de retour ou de reprise des biens apportés dans le cadre d'une délégation de service public, le code crée un régime de protection des biens, spécifique aux relations contractuelles et permettant la protection renforcée des cocontractants publics.

342. Lors de la cessation des contrats de délégation de service public, la jurisprudence administrative organise des modalités particulières de protection des biens nécessaires à la poursuite de l'activité de service public. Ce régime, non spécifique aux sociétés d'économie mixte locales, est fondé sur la distinction entre trois types de biens auxquels le délégataire peut avoir recours¹⁰⁴ : les biens de retour, indispensables à l'exécution du service public et qui retournent gratuitement à la personne publique concédante au plus tard à l'expiration du contrat ; les biens de reprise – de rachat – sur lesquels le concédant peut exercer une option d'achat en fin de contrat¹⁰⁵ ; les biens propres, apportés ou acquis par le délégataire, mais qui ne sont pas nécessaires à la poursuite de l'activité de service public à l'issue du contrat. Cette distinction tripartite est conservée dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, mais en a modifié le régime et a étendu son domaine d'application. Le code reprend la double distinction entre, d'une part les biens « apportés » par les collectivités et ceux « acquis ou réalisés par la société », et d'autre part entre les biens de retour et ceux de reprise¹⁰⁶.

343. L'article L. 1523-4 du code organise un régime de protection renforcée des biens apportés par les collectivités territoriales dans le cadre de la convention. Il prévoit le « retour gratuit » de ces biens, sans possibilité pour les sociétés d'obtenir une quelconque indemnisation. La nature du bien – de reprise ou de retour – importe peu et seule la condition d'un apport par les collectivités territoriales est exigée. L'application de cette disposition est limitée aux biens apportés gratuitement par les collectivités territoriales. Lorsque le contrat prévoit l'achat de ces biens par la société, ils sont assimilés aux « biens acquis ou réalisés » par l'entreprise dont le régime diffère¹⁰⁷. Dans cette seconde hypothèse, leur régime

104. Les biens du domaine public dont l'utilisation a été confiée par la voie contractuelle à un délégataire de service public sont présentés à part. Celui-ci est dans une situation précaire, le contrat ne pouvant lui transférer la propriété de ces biens, protégés par un principe d'inaliénabilité (GAUDEMET (Y) - *Traité de droit administratif. Tome 2 : Droit administratif des biens* - Paris, LGDJ, 13^e éd., 2008, n° 287-325). Il ne bénéficie que de la jouissance de ces biens, qui n'intègrent pas son patrimoine. Par conséquent, ils échappent à la liquidation judiciaire (L'HÔTE (V) - *op. cit.* - p. 2241). Pour un aperçu général du régime des biens liés au contrat de délégation de service public, cf. GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *op. cit.* - n° 1026-1040 ; RICHER (L) - *op. cit.* - n° 1219-1229.

105. Ces biens ne sont pas indispensables à l'exécution du service public mais demeurent très utiles, ce qui explique que le délégataire ne peut pas s'opposer à la levée de l'option de rachat.

106. Les biens propres des sociétés d'économie mixte locales ne sont pas évoqués par le code car leur régime ne pose pas de difficultés particulières : appartenant à la société et inutiles à la mission de service public, ils n'échappent pas à la procédure de liquidation judiciaire (L'HÔTE (V) - *op. cit.* - p. 2241).

107. SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 937.

est dérogatoire, tant à l'égard du droit des procédures collectives qu'envers les dispositions du droit administratif des contrats.

344. Lorsque des biens ont été acquis ou réalisés par les sociétés d'économie mixte locales, et sous réserve qu'ils soient « affectés au patrimoine de l'opération ou du service »¹⁰⁸, l'article L. 1523-4 du code organise leur réintégration dans le patrimoine des collectivités territoriales moyennant une indemnisation « de la partie non amortie des biens ». Ce droit à indemnisation a été reconnu de longue date par la jurisprudence administrative pour les biens de retour¹⁰⁹, mais son extension aux biens de reprise est plus étonnante. Contrairement aux biens de retour dont la propriété est réputée revenir à la personne concédante en fin de contrat, leur régime est caractérisé par l'option d'achat dont dispose la personne concédante. Le concessionnaire est propriétaire du bien, mais le concédant conserve un droit d'achat. Pour que le bien réintègre le patrimoine public, une vente est nécessaire. L'article L. 1523-4 du code dispense la personne concédante de son obligation d'achat, transformée en simple indemnisation de la partie non amortie des biens. Or, comme le relève J.-F. Sestier, « l'indemnisation des valeurs non amorties n'est pas à proprement parler un rachat »¹¹⁰. Le rapprochement des deux procédures de réintégration des biens nécessaires à la continuation de la mission s'explique, cependant, par l'objectif pratique de l'article L. 1523-4 du code général des collectivités territoriales.

345. Le code fait échec à l'application du droit des procédures collectives, selon lequel « ni le débiteur ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire [...] ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre » d'acquisition des actifs de l'entreprise liquidée¹¹¹. L'écart de cette disposition dans les relations correspond à une volonté plus générale de protection de la continuité du service public. Elle est toutefois propre aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, le juge administratif ayant reconnu que la décision de céder les contrats administratifs s'impose à l'administration en cas de liquidation judiciaire¹¹².

346. L'article L. 1523-4 du code étend le bénéfice du retour automatique aux biens inclus dans les concessions d'aménagement conclues entre les collectivités

108. Dans le cas contraire, il s'agirait de biens propres, non soumis aux dispositions de l'article L. 1523-4 du code général des collectivités territoriales.

109. CE, 27 février 1935, *Société des Eaux et du Gaz de Courtenay*, Rec. 34 (en cas de résiliation pour faute) ; CE, 20 mars 1957, *Société des établissements thermaux d'Ussat-les-Bains*, Rec. 182 (cf. GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *op. cit.* - n° 1035).

110. SESTIER (J-F) - *op. cit.* - p. 938.

111. Article L. 642-3 du code de commerce. Cf. PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *op. cit.* - n° 433.

112. CAA Nancy, 26 janvier 2006, *Galand*, Inédit : la Cour relève que « le plan de cession arrêté par le jugement du tribunal de commerce en date du 28 juillet 1995 a entraîné la cession des actifs de la Société Boulanger à la Société Dormois et a ainsi eu pour effet de transférer le marché en cours à la Société Dormois » et qu'« en vertu de ce plan de cession, qui est opposable à tous et notamment au maître d'ouvrage [la Commune de Bulgneville], la Société Dormois a nécessairement repris l'ensemble des droits et obligations résultant du marché initial sans qu'il fût besoin de conclure un avenant audit contrat ni de solliciter l'autorisation du maître d'ouvrage ». Le juge administratif s'est prononcé de façon explicite pour les marchés publics, mais pas encore – semble-t-il – pour des délégations de service public. L. Richer note cependant qu'en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, « la cession des contrats s'impose à l'administration », sans distinguer entre les marchés publics et les délégations de service public (*op. cit.*, n° 470-472).

territoriales et les sociétés d'économie mixte locales. Elle permet ainsi de faire une distinction entre les concessions de droit commun, dont les biens ne sauraient bénéficier de ce régime particulier¹¹³, et les contrats des sociétés d'économie mixte locales. Malgré l'effort de banalisation réalisé par l'ouverture de ce type de contrat à toute personne, et non plus seulement aux établissements publics et sociétés d'économie mixte locales¹¹⁴, les contrats conclus avec ces dernières conservent une spécificité.

347. Qu'ils soient « apportés » par les collectivités territoriales ou au contraire « acquis ou réalisés » par les sociétés d'économie mixte locales, les biens liés à l'exécution des conventions de délégation de service public ou des concessions d'aménagement échappent à la liquidation judiciaire. Cette adaptation éclaire sur le maintien des particularismes de l'économie mixte locale. Il en résulte une forte spécificité du droit applicable dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, dérogoire tant au droit des procédures collectives qu'au droit des contrats administratifs.

348. De façon plus générale, les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont marquées par la place prédominante des collectivités territoriales. Celles-ci peuvent exercer des contrôles tout au long de la vie de la société. L'échec de la gestion et des contrôles publics ne remet pas en cause cette domination qui continue même lorsqu'une dissolution de la société est envisagée. Si la plupart des contrôles de la société sont exercés directement par les collectivités territoriales actionnaires, certaines autres procédures permettent à d'autres acteurs d'exercer des contrôles. Ce n'est pas tant la société qui est alors contrôlée que, indirectement, ses actionnaires publics majoritaires.

SECTION 2 LES CONTRÔLES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES INDUITS PAR L'ACTIONNARIAT DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

349. L'instauration de contrôles exercés par des autorités extérieures aux sociétés d'économie mixte locales trouve son origine dans les lois du 7 juillet 1983 et du 2 janvier 2002¹¹⁵. La surveillance du fonctionnement des sociétés par des autorités publiques est fortement dérogoire à la logique même de la législation commerciale. Dans leur essence, ils apparaissent « incompatibles avec le fonctionnement d'une société commerciale »¹¹⁶, car l'idée d'institution suppose une autonomie renforcée du fonctionnement de la société. Les contrôles sont, par principe, exercés par des organes internes aux sociétés. Ils sont cependant rendus

113. SESTIER (J-F) - *op. cit.* - p. 938.

114. Sur la réforme des concessions d'aménagement, *cf. infra.*, Partie 2, Titre 1 Chapitre 1, et, notamment, TERNEYRE (P) - Retour aux concessions d'aménagement - *BJCP*, n° 42, 2005, p. 338 et s. ; TRAORÉ (S) - La concession d'aménagement après la loi du 20 juillet 2005 - *Dr. Adm.*, déc. 2005, étude 20.

115. Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099, modifiée par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121.

116. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *op. cit.* - p. 292.

nécessaires par l'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales et l'appartenance subséquente des sociétés au secteur public local. Ils ne portent pas tant sur l'intégration des sociétés dans un environnement concurrentiel ou sur leurs performances économiques que sur les finalités et les méthodes d'utilisation des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales. Il s'agit avant tout de prémunir les actionnaires publics des risques juridiques et financiers de l'actionnariat de sociétés commerciales. Ce sont les collectivités territoriales qui sont contrôlées par l'entremise des sociétés, qu'ils soient réalisés par le préfet (§ 1) ou par le juge financier (§ 2).

§ 1. LES CONTRÔLES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES PAR LE PRÉFET

350. Les préfets de département exercent des contrôles administratifs de deux sortes : un contrôle indirect des collectivités territoriales par l'obligation de transmission de certains actes des sociétés d'économie mixte locales (I) et un contrôle direct par l'obligation de transmission des délibérations des collectivités territoriales (II).

I. LE CONTRÔLE INDIRECT PAR L'OBLIGATION DE TRANSMISSION DES ACTES DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

351. Le contrôle préfectoral sur les actes de gestion des sociétés d'économie mixte locales est organisé par le code général des collectivités territoriales¹¹⁷ et s'opère par le biais de l'obligation de transmission de certains documents. Les sociétés d'économie mixte locales doivent d'abord communiquer les documents permettant au préfet de surveiller le bon fonctionnement interne de la société. Il s'agit des délibérations des conseils d'administration ou de surveillance et de celles des assemblées générales, les comptes annuels et les rapports du commissaire aux comptes¹¹⁸. Ensuite, les sociétés doivent faire suivre au préfet toutes les décisions prises en exécution de prérogatives de puissance publique exercées au nom des collectivités territoriales¹¹⁹, ainsi qu'un rapport spécifique annuel relatif à l'exercice de ces prérogatives¹²⁰. Enfin, il en est de même de tous les projets de modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants des sociétés ainsi que la délibération préalable de l'assemblée délibérante approuvant cette modification¹²¹.

117. Articles L. 1524-1 à L. 1524-3 du code général des collectivités territoriales.

118. Article L. 1524-1 du code général des collectivités territoriales.

119. Cette obligation est prévue aux articles L. 2131-2-8° du code général des collectivités territoriales lorsqu'une commune délègue ces prérogatives, L. 3131-2-7° s'il s'agit d'un département et L. 4141-2-6° dans le cas d'une région.

120. Article L. 1524-3 du code général des collectivités territoriales. Ces dispositions concernent principalement les droits d'expropriation et de préemption urbains dont la délégation à une société d'économie mixte locale est prévue par les articles L. 300-4 et L. 213-3 du code de l'urbanisme, dans le cadre d'une concession d'aménagement. Sur le manquement de cette obligation, cf. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 11 novembre 2010, *Société d'économie mixte des transports intercommunaux du bassin de la Sambre*, p. 10.

121. Article L. 1524-1 alinéa 3 du code général des collectivités territoriales. À titre illustratif, cf. CRC Languedoc-Roussillon, ROD 17 février 2010, *Société d'économie mixte d'aménagement de Carnon Mauguio Étang de l'Or (SAEM ACMEO)*, p. 6. Une modification des statuts de la société

352. Lorsqu'il exerce ces vérifications, le préfet se comporte comme l'ancien commissaire du gouvernement et veille au respect des droits et des intérêts des actionnaires majoritaires¹²². Néanmoins, les deux institutions ne sont pas assimilables, bien qu'elles relèvent dans tous les cas du préfet, car ce dernier a un rôle amoindri par rapport au commissaire qui participait à la prise de décision dans les assemblées délibérantes. Le préfet est cantonné à un contrôle *a posteriori* des actes et l'étendue de son contrôle est limitée à certains documents des sociétés.

353. La portée de l'obligation de transmission des délibérations et actes des sociétés d'économie mixte locales reste relative. Tout d'abord, les transmissions sont faites pour information, bien que les chambres régionales et territoriales des comptes estiment que le défaut de communication les prive du caractère exécutoire¹²³. La plupart du temps, les remarques des chambres incitent les sociétés à se conformer à la législation¹²⁴. Ensuite les préfets utilisent rarement la procédure de saisine pour avis des chambres régionales et territoriales des comptes¹²⁵. Enfin, le juge financier ne s'estime régulièrement saisi que si le préfet a respecté un certain formalisme¹²⁶ et que la décision contestée a été adoptée unilatéralement par la société : dès lors qu'elle est corroborée par une décision de l'assemblée délibérante de l'actionnaire majoritaire et que cette dernière a inscrit à son budget les crédits nécessaires, la chambre ne peut que constater le caractère « inadapté » de la saisine¹²⁷. Cette procédure est souvent présentée comme une « mise en garde

ayant été réalisée sans l'accord des actionnaires publics ni transmission des documents au préfet, la chambre « constate que l'instabilité juridique actuelle nécessite une régularisation dans les meilleurs délais ». Dans sa réponse, le président de la société a indiqué à la chambre que les procédures seraient respectées dès les modifications statutaires suivantes, dont la discussion était en cours lors du contrôle. Cette dernière « précise qu'il convient à cette occasion de régulariser explicitement les modifications statutaires intervenues en 2003 ».

122. Cf. *supra*, Section 1, § 1.

123. Par exemple : CRC Centre, ROD 28 octobre 2008, *Société d'économie mixte Entente Orléanaise 45*, p. 4 : « aucun des documents devant être soumis au contrôle de la légalité n'a pourtant été transmis au représentant de l'État pendant la période sous revue, alors que cette transmission conditionne le caractère exécutoire desdites délibérations ». Dans le silence du code général des collectivités territoriales, aucune jurisprudence n'a confirmé ni infirmé cette position qui semble cependant audacieuse, dans la mesure où il ne ressort pas de la compétence du préfet d'État de conférer un caractère exécutoire à des actes ayant une nature de droit privé.

124. Par exemple : CRC Auvergne, ROD 18 octobre 2007, *Société anonyme d'économie mixte locale de Royat-Chamalières Tourisme*, p. 8 : « l'ensemble des délibérations, des comptes annuels et des rapports du commissaire aux comptes ne sont pas transmis régulièrement au représentant de l'État dans le département, conformément à l'article L.1524-1 du code général des collectivités territoriales ». Par la suite, la chambre note que « le président de la société a indiqué qu'il se conformerait dorénavant à cette disposition du code précité (cf. également CRC Centre, ROD 7 avril 2005, *Société d'économie mixte des transports de l'agglomération orléanaise (SEMTAO)*, p. 3).

125. Entre 2005 et 2010, les chambres régionales et territoriales des comptes n'ont été saisies que deux fois pour avis (CRC Languedoc-Roussillon, Avis 6 août 2003, *Société d'économie mixte locale Écosite du Pays de Thau* ; CRC Auvergne, Avis 2 mars 2009, *Société d'économie mixte Scénoparc iO*).

126. Il s'agit en particulier de conditions de forme. Par exemple, le préfet doit informer de son action la société et les assemblées délibérantes des collectivités territoriales concernées. S'il ne le fait pas, la chambre peut considérer qu'elle n'est pas valablement saisie. Au titre des conditions de fond, la chambre régionale des comptes ne peut être saisie par le préfet que dans un délai d'un mois à compter de la transmission de la délibération par la société (article L. 1524-2 du code général des collectivités territoriales).

127. Cf. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, Avis 22 avril 1999, *Société d'économie mixte cannoise d'aménagement et de développement (SEMCAD)*, dont les conclusions sont reprises par CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 19 novembre 2003, *Société d'économie mixte cannoise d'aménagement et de développement (SEMCAD)*, n° 6.3.

solennelle des actionnaires publics » sans réelle incidence¹²⁸. Il appartient aux seules assemblées des collectivités de tirer les conséquences des décisions prises par les sociétés, en influant au sein de celles-ci pour obtenir la modification des délibérations ayant entraîné la saisine du juge financier. Cet « évident manque d'efficacité »¹²⁹ serait la raison de sa faible utilisation.

354. L'intérêt de ces transmissions n'est pas pour autant nul car elles placent les sociétés d'économie mixte locales dans une logique administrative : l'actionariat de sociétés d'économie mixte locales ne doit pas engendrer de risques financiers trop importants pour les collectivités territoriales. De plus, la saisine du juge financier impose une seconde lecture par le conseil d'administration de la société de l'acte contesté, au regard de l'avis rendu par la chambre¹³⁰. L'autorité préfectorale gagnerait à utiliser davantage cette procédure qui a pourtant démontré son efficacité lors de l'une des rares saisines, en dix ans, d'une chambre régionale et territoriale des comptes. Le 18 décembre 2008, le conseil d'administration de la Société d'économie mixte Scénoparc iO était appelé à se prononcer sur une procédure d'alerte émise par le commissaire aux comptes, au regard de la situation déficitaire préoccupante de la société. Le conseil devait faire un choix entre la dissolution amiable ou judiciaire de la société et sa mise en sommeil. Aucune décision n'ayant été prise, le préfet saisit la chambre régionale des comptes d'Auvergne du risque d'aggravation pour les charges publiques de la poursuite de l'activité de la société. Au terme d'une analyse minutieuse de la situation financière et des perspectives d'évolutions de la société, la chambre conclut à l'impossibilité de sa mise en sommeil ainsi que de son refinancement par les collectivités territoriales¹³¹, préalable nécessaire pour procéder à sa dissolution amiable. La liquidation judiciaire de la société demeure la seule solution et la chambre constate que la société s'est rangée à son avis, une déclaration de cessation des paiements ayant été déposée au tribunal de commerce¹³².

355. Seule la procédure de l'article L. 1522-4 du code général des collectivités territoriales permet au préfet de saisir le juge financier d'actes d'une société d'économie mixte locale. Dans tous les autres cas d'ouverture d'un contrôle financier par une chambre régionale et territoriale des comptes, le contrôle des actes de gestion effectué par le préfet peut cependant être un élément utile lors de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif adopté par un actionnaire public.

II. LE CONTRÔLE DIRECT PAR L'OBLIGATION DE TRANSMISSION DES DÉLIBÉRATIONS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

356. Le préfet de département procède à un contrôle des sociétés d'économie mixte locales par le biais du contrôle de légalité des actes pris par ses actionnaires

128. BESOMBES (C) - *op. cit.* - p. 625.

129. DURAND (G) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Berger-Levrault, 2^e éd., 2002, p. 138.

130. Article L. 1524-2 du code général des collectivités territoriales.

131. Selon le juge administratif, la délibération conduisant une collectivité à décider la prise en charge des actifs et des passifs, existants ou qui viendraient à se révéler, d'une société d'économie mixte doit être regardée comme conduisant à apporter une aide directe à cette société n'entrant dans aucun des cas prévus par les dispositions du code général des collectivités territoriales (CE, 15 mars 2000, *Commune de Romilly-sur-Seine*, *Dr. Adm.*, 2000, p. 4 et s., note Groud).

132. CRC Auvergne, Avis 2 mars 2009, *Société d'économie mixte Scénoparc iO*.

publics. Ainsi, les délibérations autorisant les collectivités à créer des sociétés d'économie mixte locales, à modifier leur participation au capital, à leur octroyer des garanties d'emprunts ou des avances financières lui sont transmises. Il peut éventuellement saisir le tribunal administratif ou le procureur de la République s'il constate des irrégularités. Ces contrôles reflètent l'implication de l'État dans l'économie mixte locale. Le préfet vérifie à cette occasion que les collectivités territoriales se sont conformées à la législation, qui peut ne pas être d'une compréhension aisée pour les collectivités territoriales lorsqu'elles agissent comme actionnaires de sociétés commerciales.

357. Les contrôles exercés sur les actes des sociétés ou par l'intermédiaire des délibérations des actionnaires publics sont complémentaires. Ils ne s'apparentent pas à un retour d'une tutelle administrative¹³³, supprimée par la loi du 2 mars 1982¹³⁴, mais permettent une vérification de la régularité de l'utilisation des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales¹³⁵. Leur efficacité est relative car ils ne peuvent entraîner l'annulation d'actes des sociétés de droit privé. Cependant, ils reflètent l'essence de l'économie mixte locale, l'établissement des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales étant souvent subordonné à l'appréciation de la légalité des actes administratifs des actionnaires publics. Pour garantir l'efficacité des contrôles publics externes sur les sociétés d'économie mixte locales, le législateur a doublé ce contrôle administratif du préfet d'un contrôle financier exercé par les juridictions financières.

§ 2. LES CONTRÔLES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ACTIONNAIRES PAR LE JUGE FINANCIER

358. Par principe, seuls les organismes publics sont justiciables devant les juridictions financières¹³⁶. Leur compétence est cependant étendue aux sociétés d'économie mixte locales. Cette extension est justifiée par l'appartenance des sociétés au secteur public local. Au travers des sociétés, ce sont les collectivités territoriales actionnaires qui sont contrôlées. En particulier, le juge financier veille

133. Pour M. Ngampio-Obélé-Bélé, « la présence [du préfet] dans la vie sociale de sociétés d'économie mixte locales s'apparente à un éventuel retour de la tutelle administrative, que l'on croyait abolie » (*op. cit.*, p. 293).

134. CHAPUS (R) - *Droit administratif général* - Paris, Montchrestien, Tome 1, 15^e éd., 2001, n° 553-594.

135. Le préfet peut – par exemple – vérifier si l'objet social qu'une collectivité territoriale souhaite créer entre dans le champ de la définition de l'économie mixte locale donnée par l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales (sur la définition de l'objet social, *cf. supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

136. Sur les contrôles financiers, *cf.* à titre illustratif, BOUVIER (M) - *Finances publiques locales* - Paris, LGDJ, 13^e éd., 2010, 263 p. ; BOYER (B), De CASTELANU (R) - *Portrait des chambres régionales des comptes* - LGDJ, 1997, 219 p. ; DREGON (R) - L'affirmation du rôle des chambres consulaires régionales : une réforme silencieuse à l'appui de la décentralisation économique - *AJDA*, 2007, p. 13 et s. ; KLOPFER (M) - *Gestion financière des collectivités locales* - Paris, Éd. le Moniteur, 4^e éd., 2005, 824 p. ; MAGNET (J) - *La Cour des comptes, les institutions associées et les chambres régionales des comptes* - Paris, Berger-Levrault, 5^e éd., 2001, 382 p. ; MUZELLEC (R) - *Finances locales* - Paris, Dalloz, 5^e éd., 2005, 206 p. ; ORSONI (G), PICHON (A) (*dir.*) - *Les Chambres régionales et territoriales des comptes. XX^e anniversaire* - Paris, LGDJ, 2004, 215 p.

à la correcte utilisation des fonds publics dans des structures de droit privés soumis au jeu de la vie économique. Derrière le contrôle des sociétés, ce sont en réalité les collectivités territoriales actionnaires qui sont visées. D'ailleurs, les juges financiers surveillent à titre principal les relations entretenues par les collectivités territoriales avec les sociétés dont elles sont actionnaires, délaissant généralement les règles de fonctionnement interne propres aux sociétés commerciales. Ainsi, ils ne s'intéressent aux contrôles opérés par le commissaire du gouvernement ou aux prises de participations des actionnaires minoritaires que si ces opérations ont des répercussions pour les collectivités territoriales actionnaires.

359. La nature des contrôles financiers diverge entre les chambres régionales et territoriales des comptes et la Cour des comptes. Alors que les premières réalisent un contrôle de la gestion des sociétés (I), la seconde s'attache à souligner les dérives éventuelles de l'actionnariat des collectivités territoriales (II).

I. LA GESTION DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES CONTRÔLÉE PAR LES CHAMBRES RÉGIONALES ET TERRITORIALES DES COMPTES

360. Le contrôle financier des chambres régionales et territoriales des comptes sur les sociétés d'économie mixte locales est organisé par l'article L. 211-4 du code des juridictions financières selon lequel, les chambres assurent « la vérification des comptes des établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités [...] apportent un concours financier supérieur à 1 500 euros ou dans lesquelles ils détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants, ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion »¹³⁷. L'actionnariat public n'est pas suffisant pour justifier les contrôles financiers et le législateur exige un pouvoir de contrôle effectif sur les sociétés, matérialisé par l'actionnariat majoritaire ou la détention de la majorité des sièges dans les organes délibérants. Chaque année, les chambres régionales et territoriales des comptes contrôlent une trentaine de sociétés différentes¹³⁸.

361. Les contrôles financiers sont de deux sortes, suivant qu'ils sont exercés directement sur les sociétés d'économie mixte locales ou indirectement, *via* les comptes des collectivités territoriales actionnaires. L'intérêt de ces contrôles ne

137. Sur les contrôles des chambres régionales et territoriales des comptes sur les sociétés d'économie mixte locales, cf. à titre illustratif, DEPORCQ (D) *et al.* - *Code pratique des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Berger-Levrault, 2003, p. 108-115 ; BESOMBES (C) - Les contrôles par les chambres régionales des comptes - *AJDA*, 1993, p. 622 et s. ; MILLER (G) - Les CRTC et les contrats *in house*. Vertus et dangers de la quasie-régie - *AJDA*, 2011, 550 et s. ; MILLER (G), LEYAT (A) - Les chambres régionales des comptes et le contrôle des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2009, p. 1701 et s. ; TERRIEN (G) - Le contrôle financier des SEML - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 387 et s.

138. Des statistiques précises sont établies chaque année par la Cour des comptes, au sein de son Rapport public annuel et présentées dans la partie du rapport consacrée aux *Données chiffrées sur l'activité des juridictions financières*. Le contrôle est globalement constant depuis la fin des années 1990 : 71 sociétés contrôlées (1997), 50, (1998), 57 (1999), 42 (2000), 30 (2001), 28 (2002), 36 (2003), 72 (2004), 49 (2005), 40 (2006), 51 (2007), 39 (2008), 38 (2009) et 35 (2010). Sur les dix dernières années, les chambres régionales et territoriales des comptes ont ainsi contrôlé 418 sociétés, soit près de 40 % du nombre total de sociétés d'économie mixte locales recensées par la *Fédération des entreprises publiques locales*.

se situe pas tant dans l'analyse du fonctionnement des sociétés que dans l'étude approfondie de leurs relations avec les collectivités territoriales actionnaires. D'une part, les chambres régionales et territoriales des comptes ne se limitent pas à un contrôle ponctuel de l'activité d'une société mais analysent l'ensemble des relations entretenues avec les collectivités sur une période donnée. Leurs observations permettent d'avoir une vision d'ensemble des enjeux et des modalités de l'utilisation des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales. Elles permettent de souligner la complémentarité entre les relations institutionnelles et les relations contractuelles, les collectivités étant systématiquement les partenaires des sociétés dont elles sont actionnaires¹³⁹. D'autre part, ces observations font ressortir la domination institutionnelle exercée par les actionnaires majoritaires. Ce sont ces derniers qui, *in fine*, sont visés par les observations.

362. Les contrôles directs des chambres régionales et territoriales des comptes sur les sociétés d'économie mixte locales sont de deux sortes. Les chambres peuvent, en premier lieu, être saisies par le préfet lorsqu'au vu des documents qui lui sont transmis, celui-ci estime qu'une décision de la société risque d'augmenter gravement la charge financière des actionnaires publics¹⁴⁰. Elles exercent, en second lieu, un contrôle direct des comptes et de la gestion des sociétés d'économie mixte locales, fondé sur l'article L. 211-4 du code des juridictions financières¹⁴¹. N'étant pas encadrée par un délai, cette procédure a pour finalité principale l'information des assemblées délibérantes des actionnaires publics de l'appréciation que porte le juge sur la gestion au long terme de la société. L'efficacité de la procédure paraît faible de prime abord, même s'il arrive au juge de s'y référer expressément dans ses attendus¹⁴². Cette faiblesse est renforcée par le caractère facultatif de l'ouverture d'une telle procédure de contrôle, laissée à l'appréciation discrétionnaire de chaque chambre¹⁴³. Elle s'avère également limitée au stade de l'examen de la gestion de la société, la chambre ne pouvant en aucun cas remettre en cause les choix pris par les organes dirigeants de l'entreprise¹⁴⁴. L'examen de la juridiction financière ne porte que sur « la régularité

139. Sur plus de 400 lettres et rapports d'observations définitifs rendus entre 2002 et 2010, les chambres régionales et territoriales des comptes n'ont pas relevé l'existence de sociétés n'intervenant pas pour le compte de leurs actionnaires majoritaires.

140. Article L. 1424-2 du code général des collectivités territoriales, repris à l'article L. 235-1 du code des juridictions financières (*cf. supra.*, Section 2, Paragraphe 1, I).

141. Elles peuvent également procéder au contrôle des « filiales des établissements, sociétés, groupements et organismes visés à l'article L. 211-4, lorsque ces organismes détiennent dans lesdites filiales, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants, ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion ». À titre illustratif, *cf.* CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 27 avril 2005, *Société d'économie mixte d'exploitation du centre national de la mer (NAUSICAA)* et CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 27 avril 2005, *Société anonyme Nausicaa Développement* ; CRC Poitou-Charentes, ROD 24 avril 2006, *Société du Palais des Congrès du Futuroscope* et CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope*.

142. *Cf.* Cass. crim., 5 septembre 2007, *Société Vinci Park*, Inédit (renvoi à CRC Rhône-Alpes, ROD 16 décembre 1998, *Société d'économie mixte Lyon Parc Auto (LPA)*).

143. Ce caractère discrétionnaire pourrait être atténué si la réforme des juridictions financières engagée conduisait à la suppression des chambres régionales et territoriales des comptes au profit de chambres spécialisées de la Cour des comptes (RAINCOURT (H) de - Projet de loi portant réforme des juridictions financières - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2009-2010, n° 2001, 88 p). La Cour pourrait alors développer une politique de contrôle davantage concertée.

144. L'article L. 211-8 du code des juridictions financières précise que « l'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations ».

des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant »¹⁴⁵. Ses remarques prennent la forme d'un rapport d'observation provisoire, puis, une fois que la société a eu la possibilité de faire part de ses remarques¹⁴⁶, d'un rapport d'observations définitives¹⁴⁷. Ce document est généralement constitué de trois parties dans lesquelles la chambre présente la société, en analyse la gestion et la situation financière pour enfin aborder ses relations contractuelles, principalement celles entretenues avec les collectivités territoriales actionnaires¹⁴⁸.

363. Dans son rapport d'observations définitives (ROD), la chambre porte une appréciation générale sur la tenue des comptes de la société, évalue sa gestion et dénonce les irrégularités et anomalies qu'elle a constatées¹⁴⁹. Elle doit saisir directement le procureur de la République¹⁵⁰ ou la Cour de discipline budgétaire et financière¹⁵¹ des infractions constatées. Ces rapports ne sont que des avis et n'ont pas le caractère d'actes faisant grief. Ils ne sont pas susceptibles d'être

145. Article L. 211-8 du code des juridictions financières. Le plus souvent, la juridiction financière adopte la méthode des « 3 E » lors de son contrôle. Elle vérifie l'efficacité de la gestion de la société – les objectifs sont-ils atteints ? – son économie – à quels coûts ces objectifs sont-ils atteints ? – et son efficience – les moyens utilisés pour atteindre ces objectifs sont-ils les plus pertinents ? (DURAND (G) - *op. cit.* - p. 138).

146. En pratique, les sociétés répondent dans la majorité des situations, et s'engagent par là même à mettre fin à l'irrégularité constatée (*cf.*, à titre illustratif, CRC Languedoc-Roussillon, ROD 17 février 2010, *Société d'économie mixte d'aménagement de Carnon Mauguio Étang de l'Or (SAEM ACMEO)*, p. 7 : suite au constat que les statuts de la société imposaient la nomination d'un collège de censeurs alors que la société n'en avait nommé qu'un seul, « le président de la SEM ACMEO a indiqué que la disposition statutaire relative au collège des censeurs sera supprimée lors de la future modification des statuts » pour mettre les statuts en conformité avec les faits observés).

147. Article L. 243-5 du code des juridictions financières.

148. À titre illustratif, *cf.* CRC Languedoc-Roussillon, ROD 31 janvier 2007, *Société anonyme d'équipement du littoral de Thau (SA ELIT)* : le rapport est construit comme suit : 1- Présentation de la SA ELIT ; 2- La stratégie des actionnaires ; 3- Le fonctionnement des organes d'administration et de gestion ; 4- Les instances de surveillance et de contrôle ; 5- Le capital social ; 6- La vie sociale ; 7- La situation financière ; 8- Les projets de restructuration interne ; 9- Le contrat d'affermage des parkings de Villeneuve-lès-Maguelone.

149. Elle dispose pour cela de pouvoirs étendus, organisés à l'article L. 241-1 du code, prévoyant que « la chambre régionale des comptes est habilitée à se faire communiquer tous documents, de quelque nature que ce soit, relatifs à la gestion des collectivités publiques, des établissements publics et des autres organismes soumis à son contrôle ». Par ailleurs, « le fait de faire obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des pouvoirs attribués aux magistrats et rapporteurs de la chambre régionale des comptes par le présent code est puni de 15 000 euros d'amende. Le ministère public près la chambre régionale des comptes peut saisir le parquet près la juridiction compétente en vue de déclencher l'action publique ».

150. Article R. 241-25 du code des juridictions financières. À titre illustratif, *cf.* Cass. crim., 17 novembre 2004, *M. Louis X Pierre Y et Éliane Z.*, Inédit : la Cour relève que « le 24 juillet 1995, le commissaire du gouvernement près la chambre régionale des comptes de Lyon a saisi le procureur de la République de Grenoble de faits qui ont entraîné l'ouverture d'une information à l'issue de laquelle ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel Louis X. des chefs de faux aggravé, détournement de fonds publics, abus de confiance, escroquerie et tentative d'escroquerie, Pierre Y., gérant de la société Y., à laquelle la SEML [Le Grand Axe] avait confié divers travaux, du chef de recel d'abus de confiance, et Éliane Z., épouse A., directrice générale de la SEML, des chefs d'escroquerie et tentative d'escroquerie ».

151. Article L. 314-1 du code des juridictions financières. À titre illustratif, *cf.* CDBF, 13 juin 2003, *Société d'économie mixte Sarcelles chaleur*, *Rev. Trésor*, 2004, p. 57 et s., note Lascombe et Vandendriessche ; CDBF, 25 novembre 2010, *Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris (SIEMP)*, *JCP A*, 2011, n° 20, 2188, note Brameret.

déférés au juge administratif¹⁵², mais peuvent éveiller des soupçons quant à la légalité de certaines opérations¹⁵³. En revanche, la juridiction financière peut faire une proposition d'insertion dans le rapport public de la Cour des comptes.

364. L'efficacité des rapports d'observations définitives ne doit pas être minorée. En premier lieu parce qu'ils sont nombreux, même si en comparaison des autres contrôles publics le nombre de rapports annuels sur les sociétés d'économie mixte locales paraît faible : il est en réalité proportionnellement beaucoup plus fréquent, près de 800 sociétés ayant été contrôlées depuis 1992, soit près de 74 % des 1061 sociétés référencées par la Fédération des entreprises publiques locales au 1^{er} janvier 2010¹⁵⁴. La proportion des contrôles est d'autant renforcée que les relations avec les collectivités territoriales sont souvent observées incidemment par l'analyse de la gestion des collectivités territoriales actionnaires¹⁵⁵.

365. En deuxième lieu, les chambres ne sont pas dénuées de toutes prérogatives, à commencer par le pouvoir de saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière ou du procureur de la République. Elles développent également des techniques de contrôle originales. Elles ne peuvent pas, par exemple, invalider les statuts d'une société pour incompétence. Par contre, elles peuvent d'une part formuler des recommandations incitant les actionnaires à régulariser leur situation. Par exemple, la collectivité de Polynésie française a créé une société d'économie mixte locale chargée du traitement des déchets ménagers. Cette compétence appartenant aux communes et non à la collectivité actionnaire, le juge financier aurait pu constater la violation des dispositions législatives relatives à l'objet social de la société. Il préfère néanmoins recommander à la société de

152. TA Marseille, 1^{er} mars 1995, *Société SEMICA c/ Commune de La Ciotat*, Req. 943622, RFDA, 1996, p. 136 et s., conclusions Ferulla, confirmé par CE, 8 février 1999, *Commune de La Ciotat*. Pour le Conseil d'État, « les observations formulées, même définitivement, par une chambre régionale des comptes [...] ne présentent pas le caractère de décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif ». Cf. DEVAUX (R) - *La chambre régionale des comptes dans ses relations avec les juges judiciaire et administratif* - Bordeaux, École nationale de la magistrature, 1999, 49 p.

153. Bien qu'il n'y ait pas de lien direct, il faut remarquer qu'à la suite du contrôle de la SEM de Martigues-communication, les élus locaux mandataires et dirigeants de la société ont été condamnés pour atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité dans les marchés publics par les juridictions judiciaires (Cass. crim., 25 juin 2008, *MM. Paul M. et Jean G.*, BJCL, 2008, p. 723 et s., note Janicot). La chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur avait relevé, dès 2004, que « ce marché situe les rapports entre la SEM et la ville en pleine fiction juridique », car « la ville, actionnaire majoritaire, passe ce marché avec la SEM en considération des qualités professionnelles de l'actionnaire majoritaire, c'est-à-dire elle-même, et prend le soin de se prémunir contre la tentation de vendre ses propres actions ! Cela ne serait qu'insensé, si la passation d'un tel marché n'avait pas coûté du temps et de l'énergie aux élus, aux services municipaux, et si au plan financier la justification de l'intervention de la SEM était indiscutable » (CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 22 mars 2004, *Société d'économie mixte de Martigues-communication (SEM-COM)*, p. 4). Plus qu'insensée, cette opération était constitutive d'un délit au regard du droit des marchés publics (sur la responsabilité pénale des élus locaux, cf. *supra.*, Titre 1, Chapitre 2).

154. Les chambres contrôlent en moyenne entre 30 et 40 sociétés chaque année. À titre de comparaison, elles contrôlent en moyenne entre 250 et 350 collectivités territoriales. Cependant, alors qu'il n'existe que 1061 sociétés d'économie mixte locales, le nombre de collectivités territoriales est supérieur à 36 000 : les contrôles financiers sont donc, en proportion, beaucoup plus nombreux pour les sociétés d'économie mixte locales que pour les collectivités.

155. Par exemple, CRC Île-de-France, ROD 19 mars 2009, *Commune de Levallois-Perret* (contrôle d'un groupe de sociétés constituées autour de la SEMARELP) ; CRC Rhône-Alpes, ROD 21 janvier 2009, *Commune de Fontaine* (Société Vercors restauration) ; CRC Bourgogne, ROD 2 février 2010, *Commune de Beaune* (Société Beaune-Congrés).

« redéfinir la place des communes dans le capital » ainsi que les missions de la société¹⁵⁶. La société a fait connaître à la chambre son accord avec cet objectif et s'est engagée à œuvrer dans le sens du « passage d'une SEM de pays à une SEM communale »¹⁵⁷. Elles peuvent d'autre part soulever des violations manifestes de certains principes juridiques. Par exemple, lorsque plusieurs communes et établissements publics de coopération intercommunale du Queyras se sont regroupés pour créer une société chargée de l'exploitation de remontées mécaniques, elles ont conclu une convention avec la Société d'économie mixte Queyras pour organiser les modalités de gestion de ces installations. Le juge financier analysant ladite convention, a alors souligné la violation de certaines dispositions constitutionnelles, le contrat entraînant le transfert de propriété de certains biens appartenant au domaine public des communes. Prenant compte de cette observation, les collectivités territoriales actionnaires ont alors résilié unilatéralement la convention, en se fondant sur un motif d'intérêt général¹⁵⁸.

366. En troisième lieu, l'établissement du rapport est réalisé en concertation avec les sociétés contrôlées qui peuvent également faire des remarques sur les observations de la chambre, celles-ci en acceptent dès lors plus facilement le contenu. Les chambres notent fréquemment les engagements des actionnaires à modifier les statuts, à mettre fin aux pratiques concernées ou au contraire à adopter une nouvelle habitude¹⁵⁹.

367. En dernier lieu, les chambres ont tendance à grouper leurs contrôles, procédant à l'analyse de la gestion des sociétés d'économie mixte locales à l'occasion de celle de leurs actionnaires majoritaires¹⁶⁰. Il arrive qu'une chambre vérifie

156. CTC Polynésie française, ROD 24 août 2010, *Société Environnement Polynésien (SEP)*, n° 1.1 et 5.

157. Réponse de la *Société Environnement Polynésien (SEP)* au rapport d'observations définitives de la CTC de Polynésie française, 10 août 2010, n° 5.1.1.

158. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, 7 janvier 2000, *District du Queyras*, n° 3.4.1, rappelé par Cour des comptes - Stations de sports d'hiver en Provence-Alpes-Côte d'Azur - *Rapport public annuel 2002* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2002, p. 824. La résiliation unilatérale a par ailleurs eu des conséquences originales dans les relations des collectivités territoriales avec la société, la Société d'économie mixte Queyras ayant par la suite poursuivi ses actionnaires pour obtenir la révision du montant de l'indemnité allouée au titre de la résiliation du contrat (CAA Marseille, 29 mars 2010, *Société d'économie mixte Queyras*, Req. 07MA03229).

159. Par exemple : CRC Aquitaine, ROD 4 février 2010, *Société anonyme d'économie mixte de construction immobilière de Bègles (SAEMCIB)*, p. 3. La chambre relève une contradiction entre les statuts de la société imposant la nomination d'une personne physique à la présidence du conseil d'administration et la pratique consistant à désigner la commune à cette fonction. Elle note la réponse de la société l'informant qu'une assemblée générale extraordinaire a été convoquée pour mettre les statuts en conformité avec la pratique.

Cf., également, CRC Bourgogne, ROD 17 novembre 2008, *Société immobilière de la Madeleine (SIMAD)*, p. 4 ; CRC Centre, ROD 7 avril 2005, *Société d'économie mixte des transports de l'agglomération orléanaise (SEMTAO)*, p. 3.

160. Cf. CRC Centre, ROD 19 juillet 2004, *Société d'économie mixte des transports de l'agglomération tourangelles (SEMISTRAT)* et CRC Centre, ROD 29 juillet 2004, *Syndicat intercommunal des transports en commun de l'agglomération de Tours (SITCAT)* ; CRC Alsace, ROD 3 août 2004, *Société d'économie mixte départementale des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin (SEMDEA)* et CRC Alsace, ROD 3 août 2004, *Syndicat départemental des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin (SDEA)* ; CRC Midi-Pyrénées, ROD 4 septembre 2006, *Commune d'Ax-les-Thermes* et CRC Midi-Pyrénées, ROD 13 septembre 2006, *Société d'économie mixte thermique et touristique d'Ax-les-Thermes (SEMTTAX)* ; CRC Île-de-France, ROD 22 septembre 2006, *Société anonyme d'économie mixte d'exploitation du stationnement de la Ville de Paris (SAEMES)* et CRC Île-de-France, ROD 22 septembre 2006, *Gestion du stationnement et relations avec la Société anonyme d'économie mixte d'exploitation*

la gestion de l'ensemble des sociétés dont une collectivité territoriale est actionnaire¹⁶¹ ou qu'elle préfère contrôler une activité impliquant plusieurs collectivités territoriales distinctes¹⁶². Elle réalise parfois des contrôles croisés, analysant séparément la gestion de la société dans son ensemble et plus spécifiquement, ses relations avec ses actionnaires majoritaires¹⁶³. En toute hypothèse, le contrôle d'une société ne prive pas la chambre du pouvoir de procéder à un nouveau contrôle, quelques années après, à l'occasion duquel elle vérifie si ses remarques et recommandations ont été respectées¹⁶⁴. Depuis la loi du 6 février 1992, les comptes des sociétés d'économie mixte locales sont annexés au budget des collectivités territoriales actionnaires, facilitant la vérification de leur régularité¹⁶⁵. Néanmoins, ces contrôles se limitent généralement à une vérification sommaire des relations avec les collectivités territoriales et non à une analyse approfondie de la gestion de la société¹⁶⁶.

368. Les chambres régionales et territoriales des comptes exercent un contrôle étendu sur le fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales ainsi que sur leurs relations avec les collectivités territoriales. Ces observations sont parfois relayées par la Cour des comptes, qui souligne les dérives liées à l'actionnariat des collectivités territoriales.

du stationnement de la Ville de Paris (SAEMES) ; CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 12 février 2007, *Syndicat intercommunal des transports de la région de Valenciennes (SITURV)* et CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 12 février 2007, *Société d'économie mixte des transports urbains de la région de Valenciennes (SEMURVAL)*.

161. Cf. CRC Île-de-France, ROD 7 mai 2007, *Commune de Créteil*, CRC Île-de-France, ROD 15 juin 2007, *Société d'économie mixte de construction et de rénovation de la ville de Créteil (SEMIC)*, CRC Île-de-France, ROD 15 juin 2007, *Société anonyme immobilière de la ville de Créteil (SAIEM)*, CRC Île-de-France, ROD 15 juin 2007, *Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement de la ville de Créteil (SEMAEC)*.

162. Cf. CRC Île-de-France, ROD 14 août 2008, *Société alfortvillaise de gestion du chauffage urbain (SAGECHAU)*, CRC Île-de-France, ROD 14 août 2008, *Commune d'Alfortville* et CRC Île-de-France, ROD 14 août 2008, *Syndicat mixte production et distribution de chaleur d'Alfortville (SMAG)* ou, à l'inverse, une collectivité et plusieurs sociétés : cf. CRC Auvergne, ROD 7 mai 2003, *Société d'économie mixte des remontées mécaniques du Mont-Dore*, CRC Auvergne, ROD 7 mai 2003, *Société anonyme du téléphérique du Mont-Dore* et CRC Auvergne, ROD 15 mai 2003, *Commune du Mont-Dore*.

163. Cf. CRC Île-de-France, ROD 28 novembre 2006, *Société anonyme d'exploitation du Palais omnisport de Paris-Bercy (SAEPOPB)* et CRC Île-de-France, ROD 28 novembre 2006, *Relations entre la Ville de Paris et la Société anonyme d'exploitation du Palais omnisport de Paris-Bercy (SAEPOPB)*.

164. Cf. CRC Aquitaine, ROD 24 juin 2003, *Société d'économie mixte du Périgord (SEMIPER)* et CRC Aquitaine, ROD 30 juillet 2008, *Société d'économie mixte du Périgord (SEMIPER)*, p. 9. Le second contrôle permet à la chambre de relever les pratiques améliorées de la gestion de l'entreprise : « les comptes globaux de la société n'incluaient pas totalement les comptes de la comptabilité "mandats". Cette remarque a été formulée lors de l'instruction et la société a modifié sa présentation comptable à compter de l'exercice 2005. Le commissaire aux comptes a également pris en considération l'observation de la chambre, comme en témoigne son rapport sur les comptes 2005 ». Elle lui fournit également l'occasion de rappeler les difficultés déjà soulignées : « la chambre écrivait ceci dans son rapport de 2003 : "il appartient aux dirigeants de la SEML ainsi qu'à ses actionnaires de prendre une décision quant au devenir de la société. Il n'est pas possible de faire l'économie d'une réflexion stratégique et prospective, seule à même de déboucher sur une solution durable". Plus de quatre ans après, elle ne peut que formuler la même recommandation ».

165. Article 13-5 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992, codifié à l'article L. 2313-1 du code général des collectivités territoriales.

166. Cf. CRC Picardie, ROD 22 décembre 2008, *Commune de Laon*, p. 11 et 26. La chambre justifie son contrôle étendu en précisant que « les satellites d'une collectivité pourraient constituer un risque financier pour la collectivité du fait de la carence du contrôle de la collectivité ou d'une forte exposition à un risque économique » (p. 11).

II. LES DÉRIVES DE L'ACTIONNARIAT DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SOULIGNÉES PAR LA COUR DES COMPTES

369. La Cour des comptes a plusieurs titres de compétence pour analyser les comptes des sociétés d'économie mixte locales. Dans le cadre de ses contrôles administratifs¹⁶⁷ elle peut réaliser des observations dans les divers rapports thématiques¹⁶⁸ ou au sein de ses rapports annuels au Président de la République. Elle s'intéresse principalement au fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales et à leurs relations avec les collectivités territoriales à l'occasion de son rapport annuel¹⁶⁹. Elle se contente cependant d'exercer des contrôles ponctuels, et il arrive fréquemment qu'aucune société n'apparaisse dans un rapport¹⁷⁰. Depuis 1961, 45 références à des sociétés d'économie mixte locales peuvent être recensées¹⁷¹.

370. Les contrôles de la Cour des comptes sont différents suivant que la Cour s'intéresse à la gestion d'une société déterminée¹⁷² ou d'une collectivité dans son ensemble¹⁷³ ; à une activité spécifique¹⁷⁴ ou à un secteur d'activité commun à dif-

167. Article L. 136-1 du code des juridictions financières.

168. Les rapports thématiques ne sont pas centrés sur les sociétés d'économie mixte locales, mais sont parfois l'occasion pour la Cour d'examiner les relations de certaines sociétés avec les collectivités territoriales. Par exemple, Cour des comptes - *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2003, p. 43, 62-63 et 66 ; Cour des comptes - *L'intercommunalité en France* - Rapport public particulier - Paris, Éditions du Journal officiel, 2005, p. 160 ; Cour des comptes - *Les transports publics urbains* - Rapport public particulier - Paris, Éditions du Journal officiel, 2005, p. 77, 87, 103, 107, 108-109.

169. La Cour des comptes a un double chef de compétence pour contrôler les sociétés d'économie mixte locales : en vertu de l'article L. 111-4 du code des juridictions financières d'une part, elle « assure la vérification des comptes et de la gestion des entreprises publiques ainsi que, dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité déléguée, du rapport produit par le délégataire » ; selon l'article L. 111-7 d'autre part, elle « peut exercer [...] un contrôle sur les organismes qui bénéficient du concours financier de l'État, d'une autre personne soumise à son contrôle ainsi que de la Communauté européenne ».

170. La Cour n'a, par exemple, contrôlé aucune société d'économie mixte locale dans ses rapports pour 2000, 2004, 2005 et 2008.

171. 1961 marque la première analyse globale de l'implication de sociétés d'économie mixte locales dans la gestion d'une activité publique (Cour des comptes - L'équipement touristique - *Rapport public annuel 1959* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1961, p. 89-91). Elle a également développé des contrôles généraux de sociétés dans les années 1960 (cf. Cour des comptes - Ville de Paris. Les sociétés d'économie mixte - *Rapport public annuel 1962* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1964, p. 40-43 et 95 ; Cour des comptes - Intervention des sociétés d'économie mixte et associations - *Rapport public annuel 1975* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1975, p. 80-84). La première analyse consacrée à une société date de 1983 (Cour des comptes - La Société d'urbanisation, d'aménagement, d'équipement et de construction de la ville de Jeumont et de l'arrondissement d'Avesnes (Semvija) - *Rapport public annuel 1983* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1983, p. 92-95).

172. Cf. Cour des comptes - La société d'économie mixte La Porvendraise à Port-Vendres (Pyrénées-Orientales) - *Rapport public annuel 1996* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1996, p. 401-408 ; Cour des comptes - La société anonyme d'économie mixte sportive Limoge Cercle Saint-Pierre Basket-Ball - *Rapport public annuel 1999* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1999, p. 649-678 ; Cour des comptes - Le parc du Futuroscope (Vienne) - *Rapport public annuel 2007* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2007, P1, p. 458-466 et 484-497.

173. Cf. Cour des comptes - La commune d'Amnéville (Moselle) - *Rapport public annuel 2005* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2005, p. 672-696 : la Cour constate qu'aux difficultés budgétaires de la commune s'ajoutent les difficultés financières de ses « satellites », dont la *Société d'économie mixte Galaxie*, chargée de la gestion du centre des congrès appartenant à l'*Association du centre des loisirs* et de la participation à une exposition sur les dinosaures (p. 677).

174. Cf. Cour des comptes - Le service public de chauffage urbain de la Ville de Paris - *Rapport public annuel 2009* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2009, p. 315-346.

férentes collectivités¹⁷⁵ ; ou spécifiquement aux relations d'une collectivité avec une ou plusieurs sociétés¹⁷⁶. Comme pour les contrôles des chambres régionales et territoriales des comptes, les rapports de la Cour des comptes peuvent entraîner la saisine d'autres juridictions pour sanctionner les infractions constatées¹⁷⁷.

371. L'accroissement du nombre des contrôles des sociétés d'économie mixte locales par la Cour des comptes est principalement lié à la création des chambres régionales et territoriales des comptes lors de la réforme de la décentralisation de 1982¹⁷⁸. Celles-ci prennent une part de plus en plus active à la réalisation du rapport public annuel, même si ce dernier reste formellement l'œuvre de la Cour des comptes¹⁷⁹. La Cour s'appuie souvent sur leurs travaux, soit pour les relayer,

175. Cf. Cour des comptes - Les collectivités territoriales et la gestion des déchets ménagers - *Rapport public annuel 2002* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2002, p. 457-484 ; Cour des comptes - Stations de sports d'hiver en Provence-Alpes-Côte d'Azur - *Rapport public annuel 2002* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2002, p. 812-844 ; Cour des comptes - Le service public communal de la restauration collective en Provence-Alpes-Côte d'Azur - *Rapport public annuel 2003* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2003, p. 645-670 ; Cour des comptes - La gestion du domaine skiable en Rhône-Alpes - *Rapport public annuel 2011* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2011, p. 515-549.

176. Cf. Cour des comptes - La commune du Cendré (Puy-de-Dôme) et la société d'économie mixte locale du Val d'Allier (SEMVA) - *Rapport public annuel 1995* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1995, p. 367-372 ; Cour des comptes - La commune de Clichy-sous-Bois (Seine-Saint-Denis) et la société d'économie mixte immobilière du Nord-Est parisien (SEMINEP) - *Rapport public annuel 1996* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1996, p. 385-400.

177. Suite à la constatation d'irrégularités dans la gestion financière de la Société d'urbanisation, d'aménagement, d'équipement et de construction de la ville de Jeumont et de l'arrondissement d'Avesnes, la Cour des comptes a saisi la Cour de discipline budgétaire et financière et obtenue la condamnation de son dirigeant social. La Cour de cassation a cassé la décision de la Cour en ce qu'elle condamnait le maire exerçant des fonctions de direction au nom des collectivités territoriales actionnaires, alors que, dans cette hypothèse, la responsabilité civile liée à la direction repose sur l'actionnaire public seul. Cf. Cour des comptes - La Société d'urbanisation, d'aménagement, d'équipement et de construction de la ville de Jeumont et de l'arrondissement d'Avesnes (Semvija) - *Rapport public annuel 1983* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1983, p. 92-95 ; CDBF, 16 juin 1987, *Lebas, SEMVIJA*, JORF, 23 février 1988, p. 2528., Rec. 512 ; Cass. com., 25 juin 1991, *Lebas, Société d'urbanisation, d'aménagement, d'équipement et de construction de la ville de Jeumont et de l'arrondissement d'Avesnes (Semvija)*, Bull. civ. IV 239. Sur la responsabilité civile des élus locaux représentants permanents des collectivités territoriales actionnaires, cf. *supra*, Section 1, § 2, I.

178. Entre 1949 et 1982, la Cour des comptes ne s'est intéressée aux sociétés d'économie mixte locales qu'à neuf reprises, et souvent de façon accessoire lors de contrôles plus larges (Cour des comptes - L'équipement touristique - *Rapport public annuel 1959* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1961, p. 89-91 ; Ville de Paris. Les sociétés d'économie mixte - *Rapport public annuel 1962* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1964, p. 40-43 et 95 ; Sociétés d'économie mixte locales - *Rapport public annuel 1962* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1964, p. 55-59 et 114 ; Sociétés d'économie mixte des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle - *Rapport public annuel 1964* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1966, p. 79-83 et 187 ; Opérations d'urbanisme et d'équipement. Société d'économie mixte - *Rapport public annuel 1969* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1969, p. 76-77 ; Opérations de construction et d'aménagement ; intervention de sociétés d'économie mixte : zone d'aménagement et de rénovation urbaine ; aménagements régionaux - *Rapport public annuel 1973* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1973, p. 74-78 ; Intervention des sociétés d'économie mixte et associations - *Rapport public annuel 1975* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1975, p. 80-84 ; La commune et la société d'économie mixte de construction et de logement de Joigny - *Rapport public annuel 1979* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1979, p. 82-84 ; Les sociétés d'économie mixte locales de construction, d'aménagement et de restauration - *Rapport public annuel 1980* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1980, p. 113-123).

179. Pour G. Miller et A. Leyat, le mode d'élaboration du rapport est maîtrisé par la Cour des comptes, mais réalisé en concertation avec les chambres régionales des comptes (*in* - Les chambres régionales et territoriales des comptes et les rapports publics de la Cour des comptes - *AJDA*, 2008, p. 523 »).



soit pour s'appuyer sur leurs conclusions et procéder elle-même à un contrôle de gestion et souligner ainsi l'importance des manquements relevés au niveau local. Par exemple, l'analyse des différentes sociétés d'économie mixte locales créées par la Commune du Barcarès a été complétée par celle de la Cour des comptes. Sous couvert de l'actionnariat dans des sociétés commerciales, la Cour pointe les dérives de l'économie mixte locale. Elle reprend les observations de la Chambre régionale des comptes du Languedoc-Roussillon relatives au manque d'indépendance des deux sociétés dans lesquelles la commune est actionnaire majoritaire conduisant à « une confusion totale entre ces sociétés et la commune dont elles constituent de simples satellites qui réalisent depuis des années certaines opérations critiquables sans véritables contrôles »¹⁸⁰. La multiplication et l'enchevêtrement des contrôles renforcent leur portée et la Cour n'hésite pas à revenir sur une affaire si elle observe que la situation n'a pas évolué. Par exemple, les chambres régionales et territoriales des comptes et la Cour des comptes ont été amenées à suivre les différentes étapes de la réalisation de la ligne maritime entre Dieppe et le port de Newhaven, impliquant la création d'une société d'économie mixte locale. Faisant la synthèse de ces observations, la Cour des comptes a relevé en 2009 qu'elle s'était déjà inquiétée, « dès 2002, des conséquences de la reprise de la ligne maritime Dieppe-Newhaven pour le département de la Seine-Maritime, acteur principal du dispositif, appelé à supporter seul "l'essentiel d'un éventuel déficit d'exploitation" » et que « cette crainte est devenue réalité et, par-delà les organismes qu'il a mis en place, le département assume seul les très lourdes conséquences financières d'une décision de gestion qu'il a prise sans analyse sérieuse préalable »¹⁸¹.

372. Les contrôles effectués sur les sociétés d'économie mixte locales sont nombreux et d'une nature très variée. Qu'ils portent directement sur la société ou indirectement sur ses actionnaires publics, qu'ils soient réalisés par les collectivités territoriales ou par des organismes extérieurs, ils présentent une caractéristique commune. L'intérêt des sociétés est souvent délaissé au profit de celui de leurs actionnaires majoritaires, dont les sociétés n'apparaissent bien souvent que comme un démembrement organique personnifié.

180. Cour des comptes - Les sociétés d'économie mixte de la commune du Barcarès (Pyrénées-Orientales) - *Rapport public annuel 2010* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2010, p. 387. Pour rendre ses conclusions, la Cour s'est appuyée sur différents rapports d'observations définitives (CRC Languedoc-Roussillon, ROD 31 décembre 2004, *Commune du Barcarès* ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 12 janvier 2010 *Société d'économie mixte de promotion et d'animation du Barcarès (PROMABA)* ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 8 février 2010, *Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (SEMETA)*).

181. Cf. CRC Haute-Normandie, ROD 13 décembre 2002, *Département de la Seine-Maritime* ; Cour des comptes - *Rapport public annuel pour 2002* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2003, p. 486-498 ; Cour des comptes - *Rapport public annuel pour 2008* - Paris, Éditions du Journal officiel, 2009, p. 363-385 ; CRC Haute-Normandie, ROD 24 février 2009, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)* ; CRC Haute-Normandie, ROD 12 mars 2009, *Société d'économie mixte locale de coopération transmanche (SEML Transmanche)*. Pour une analyse détaillée des enjeux de la création de la Société Transmanche, Cf. *supra.*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

CONCLUSION DU TITRE 2

373. Dépassant le cadre commercial, les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales soulignent la domination exercée par les collectivités territoriales en qualité d'actionnaires. Le procédé de l'économie mixte locale est davantage un moyen qu'une finalité : il permet aux collectivités territoriales d'exercer une intervention dans le domaine économique sans les transformer en opérateurs économiques. L'utilisation, voire l'instrumentalisation des sociétés est renforcée par leurs relations institutionnelles. Cette vision fonctionnelle de l'économie mixte locale est perceptible dans la définition même des sociétés créées à l'initiative des collectivités territoriales ou de leurs groupements à des fins d'intérêt général. Les collectivités territoriales en déterminent la sphère d'activité qui ne peut dépasser leurs propres compétences ; détiennent sur leur organisation des pouvoirs issus de leur fonction d'actionnaire, mais renforcés pour leur permettre d'en assurer la direction ; et peuvent exercer des contrôles dérogatoires du droit commun sur le fonctionnement. Elles ne se satisfont pas des pouvoirs issus de leur actionnariat, soulignant l'ambivalence des relations institutionnelles.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

374. L'appropriation des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales est réussie car l'intégration des collectivités territoriales dans les sociétés ne s'est pas réalisée au détriment de leur domination. L'ambivalence des relations institutionnelles favorise le syncrétisme des règles du droit des sociétés et du droit administratif, au profit des actionnaires publics. La législation, autant que la jurisprudence, tend à faire des sociétés d'économie mixte locales des instruments au service des collectivités territoriales, constituées, pilotées et contrôlées par leurs actionnaires publics. L'intégration des collectivités est tout autant réalisée par l'application du droit des sociétés que par le maintien d'une réglementation de droit administratif, voire de règles dérogatoires tant au droit privé qu'au droit public. L'encadrement spécifique des relations traduit l'orientation des sociétés d'économie mixte locales vers la satisfaction des besoins des collectivités territoriales.

375. L'idée d'institutionnalisation d'un partenariat public-privé par le recours à l'économie mixte locale demeure cependant, et à bien des égards, mythique. Certes, l'intégration des collectivités dans les sociétés aux côtés d'actionnaires minoritaires accrédite l'idée d'une collaboration institutionnalisée au sein d'une structure dédiée à cet effet. Mais la domination des actionnaires publics souligne le caractère à tout le moins déséquilibré de ce partenariat, ne serait-ce que par l'assimilation entre objet social et intérêt général. Le développement d'un véritable actionnariat privé des sociétés est par ailleurs fortement limité, les différents actionnaires poursuivant des intérêts parfois trop opposés. L'économie mixte locale doit alors être appréhendée comme une technique d'intervention publique indirecte dans le domaine économique, associant capitaux publics et, dans une certaine mesure, capitaux privés. Dans la pratique, elle semble davantage permettre la rencontre des collectivités territoriales avec un actionnariat financier, le plus souvent public ou parapublic. Elle est en tout cas très éloignée de l'idée d'un partenariat technique associant l'expérience du secteur public et le savoir-faire du secteur privé. La réussite de l'appropriation des sociétés d'économie mixte locales contraste fortement avec la perfectibilité de leur utilisation.

Seconde Partie

L'UTILISATION PERFECTIBLE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

376. Les collectivités ne se satisfont pas du seul rôle d'actionnaire et développent en parallèle un partenariat étroit avec les sociétés. Elles leur confient, par la voie contractuelle, les moyens techniques et juridiques de réaliser les missions correspondant à leur objet social. L'intérêt de l'économie mixte locale réside cette ambivalence : les sociétés sont créées pour réaliser les missions confiées par la voie contractuelle. Pourtant, l'utilisation des sociétés reste perfectible : alors même que le choix de recourir aux services d'une société d'économie mixte locale transparaît des relations institutionnelles entretenues avec les collectivités territoriales, les sociétés doivent être mises en concurrence au stade contractuel. Cette contradiction entre les finalités de l'économie mixte locale et les modalités de leur mise en œuvre s'explique par la prédominance d'une approche organique de l'économie mixte locale (Titre 1) et ne peut être dépassée qu'en prenant en compte la nécessité d'une approche relationnelle de l'économie mixte locale (Titre 2).

Titre 1

LA PRÉDOMINANCE D'UNE APPROCHE ORGANIQUE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE

377. L'approche organique de l'économie mixte locale¹ souligne l'indépendance des sociétés par rapport à leurs actionnaires publics. La personnalité morale associée à la mixité du capital social ne permet pas d'assimiler les sociétés à des démembrements des collectivités. Elle justifie l'application du droit de la commande publique dans les relations contractuelles, dès lors qu'un contrat administratif est passé entre deux personnes distinctes. L'actionnariat public majoritaire n'est pas un facteur d'éviction du droit de la commande publique lors de la passation d'un contrat. Ce dernier n'est qu'un épiphénomène par rapport à l'actionnariat qui seul supporte l'institutionnalisation du partenariat entre le secteur public et le secteur privé.

378. L'extension progressive des règles de la commande publique à l'ensemble des contrats conclus entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales a été perçue comme un frein au développement de l'économie mixte locale en France². Elle coïncide avec un net recul du nombre de sociétés, alors que le développement de l'économie mixte locale était continu depuis les années 1920 et s'était accéléré après 1983³. En 2010 la Fédération des entreprises publiques locales recensait à peine davantage de sociétés qu'en 1990, alors qu'il y en avait près d'un tiers de plus en 1994⁴. L'économie mixte locale a connu un apogée au milieu des années 1990 et reflue depuis lors. Ce reflux - relatif - de

1. F. Rolin souligne l'opposition entre les conceptions personnaliste et fonctionnaliste de l'économie mixte locale (*in* - Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* - Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle- AJDA*, 2005, p. 898 et s.).

2. « Du partenariat avec les collectivités locales [...] à la banalisation des sociétés d'économie mixte locales [...] qui n'ont plus l'avantage de la souplesse et de la réactivité » (SANTINI (A) - Le devenir pour les sociétés d'économie mixte locales - *RFDA*, 2005, p. 953). La formule employée par un ancien président de la Fédération des entreprises publiques locales (entre 1987 et 1990) traduit le malaise auquel sont confrontées les collectivités territoriales dans leurs relations avec les sociétés d'économie mixte locales depuis le début des années 1990.

3. Le secteur de l'économie mixte locale est passé de quelques sociétés dans les années 1920 à 523 entreprises à la veille de la réforme du 7 juillet 1983.

4. Le développement de l'économie mixte locale a été accéléré par l'adoption de la loi du 7 juillet 1983 fixant le statut des sociétés d'économie mixte locales. Le nombre des sociétés est passé de 524 en 1983 à 1000 courant 1990, pour culminer à 1529 en 1994. Au 1^{er} janvier 2010, 1061 sociétés étaient recensées. Les dernières statistiques de la Fédération soulignent la décélération du mouvement de disparition des sociétés (1130 en 2006, 1117 en 2007, 1094 en 2008) (statistiques de la Fédération des

l'économie mixte locale a été seulement freiné par la modernisation du statut des sociétés opérée par la loi du 2 janvier 2002⁵.

379. La soumission des relations contractuelles aux règles de la commande publique n'est pas le facteur unique du désintérêt pour la formule de l'économie mixte locale. Elle participe au mouvement de développement des contraintes pesant sur les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales⁶. Elle génère cependant de nouvelles réflexions autour des formes de l'économie mixte locale soulignant, s'il en était besoin, l'attachement à ce mode d'intervention indirecte des collectivités territoriales dans le domaine économique. La prépondérance de l'approche organique de l'économie mixte locale justifie l'extension des obligations de mise en concurrence des sociétés (Chapitre 1). Cette remise en cause des fondements de l'économie mixte locale favorise un renouveau de la réflexion autour de celle-ci, allant dans le sens du contournement de ces obligations de mise en concurrence (Chapitre 2).

entreprises publiques locales, disponibles sur www.lesepl.fr ; GIROD (P) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois sur la proposition de loi sur la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 77, p. 8-9).

5. Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121, *AJDA*, 2002, p. 139 et s., note Devès ; *RFDA*, 2002, p. 923 et s., note Sestier.

6. J.-B. Auby soulignait, dès 1997, la « double infortune » des sociétés d'économie mixte locales, dont la nature de droit privé ou l'actionnariat public majoritaires pouvaient engendrer le développement de contraintes contradictoires (*in* - La double infortune des sociétés d'économie mixte locales - *Dr. Adm.*, juil. 1997, repère 7).

Chapitre 1

LE DÉVELOPPEMENT DE LA MISE EN CONCURRENCE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

380. Dans le système organisé par la loi du 7 juillet 1983, les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales étaient réglementées. Lorsqu'il ne s'agissait pas de prestations de service, leurs rapports devaient être définis par une convention comportant certaines mentions à peine de nullité¹. La spécificité de cet encadrement n'a cependant pas empêché leur banalisation progressive par le développement des principes de transparence et, en particulier, par l'obligation de mise en concurrence² sous l'influence combinée des textes³ et de la jurisprudence européenne⁴, reprise par le législateur⁵. L'effort jurisprudentiel de limitation de la spécificité des relations

1. Article 5-1 de la loi du 7 juillet 1983, codifié à l'article L. 1523-2 du code général des collectivités territoriales.

2. Sur les principes généraux applicables à la commande publique et sur la transparence *cf.*, notamment, NICINSKI (S) - *Droit public des affaires* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 1047-1060 ; LLORENS (F) - Principe de transparence et contrats publics - *Contrats Marchés publ.*, janv. 2004, chron. 1 ; MAUGÜÉ (C) - La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics - *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne* - Paris, Dalloz, 2004, p. 609 et s.

3. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne instaure des principes de liberté d'établissement (article 50, ancien article 44 du Traité instituant la Communauté européenne) et de prestation (article 56, ancien article 49) au sein de l'Union européenne. Rappelée par les différentes directives relatives aux marchés (directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 et directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, *JOUE*, L 134, 30 avril 2004), la portée de ces principes a été explicitée dans un livre vert : selon la Commission, « tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers est à examiner à la lumière des règles et principes découlant du Traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services » (Commission UE, 30 avril 2004, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM/2004/0327 final, point 8).

4. La Cour de justice des Communautés européennes a une lecture extensive des directives communautaires, considérant que la conclusion d'un contrat par une personne publique « implique, notamment, une obligation de transparence [consistant] à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH Telefonadress*, C-324/98, points 60-62).

5. En particulier, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (*JORF*, 30 janvier 1993, p. 1588), codifiée aux articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public et les lois n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la

contractuelles a contraint le législateur à accepter que la logique organique de l'économie mixte locale demeure indépassable. Les sociétés d'économie mixte locales sont des sociétés commerciales, même si elles sont utilisées par les collectivités à des fins d'intérêt général. Ces dernières ne sauraient donc s'affranchir des règles de la commande publique lorsqu'elles désirent recourir à leurs services. L'application des règles de la commande publique dans les relations contractuelles (Section I) ne peut être contournée par le recours à la théorie des prestations intégrées (Section 2).

SECTION 1 LA BANALISATION DES RELATIONS CONTRACTUELLES

381. L'extension des règles de la commande publique dans les relations contractuelles fait écho au développement des législations réglementant la plupart des contrats administratifs, à partir du début des années 1990, sous l'influence du droit de l'Union européenne⁶. Cette extension s'est en particulier traduite par le développement de l'obligation de mettre en concurrence les sociétés d'économie mixte locales lors de la passation de contrats avec les collectivités territoriales (§ 1), ainsi que par l'abandon du régime d'encadrement spécifique organisé par le législateur (§ 2).

§ 1. LE PRINCIPE DE LA MISE EN CONCURRENCE DES RELATIONS CONTRACTUELLES

382. Le législateur n'a jamais subordonné la passation de relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales à une procédure de mise en concurrence préalable. L'émergence d'un principe de transparence⁷ dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales résulte du travail d'interprétation de la jurisprudence. Le juge considère que la nature de ces sociétés et de leurs relations avec les collectivités ne permet pas de les faire échapper à l'application des règles de la commande publique. Introduit pour les délégations de service public (I), le

régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence (*JORF*, 5 janvier 1991 p. 236) et n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (MURCEF) (*JORF*, 12 décembre 2001, p. 19703), codifiées au sein du code des marchés publics.

6. Sur l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit public français, *cf.*, notamment, AUBY (J-B) (dir.) - *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public* - Paris, Dalloz, 2010, 990 p. ; SIRINELLI (J) - *Les transformations du droit administratif par le droit communautaire : une contribution à l'étude du droit administratif européen* - Thèse, Université Paris II, 2009, 722 p. Sur l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit de la commande publique français, *cf.*, en particulier, LICHÈRE (F) - *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics - Droit administratif européen* - Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 945 et s.

7. Sur l'obligation de mettre en concurrence les contrats de la commande publique selon un principe de transparence, *cf.*, notamment, GLASER (E) - *Obligation de transparence et absence de transparence* - *BJCP*, n° 43, 2005, p. 414 et s. ; MAUGUÉ (C) - *op. cit.*

principe de la transparence lors de la passation des contrats a été progressivement étendu à l'ensemble des relations contractuelles (II).

I. L'INTRODUCTION DE LA TRANSPARENCE POUR LES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC

383. La question de la mise en concurrence des délégations de service public conclues entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales ne se posait pas lors de l'adoption de la loi du 7 juillet 1983⁸. Les principes de transparence étaient limités à la passation des marchés publics soumis aux dispositions du code des marchés publics. Les délégations de service public ont bénéficié pendant longtemps d'un régime juridique très souple, justifié par un *intuitus personae* important. Les personnes publiques étaient libres de choisir leurs cocontractants en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence⁹.

384. La problématique de l'applicabilité du droit de la commande publique aux délégations de service public conclues avec les sociétés d'économie mixte locales s'est cristallisée lors de l'adoption de la loi du 29 janvier 1993 introduisant une procédure généralisée de mise en concurrence lors de la passation de ces contrats¹⁰. Dans le texte adopté par le Parlement, le législateur avait expressément exclu les sociétés d'économie mixte locales du champ des procédures de transparence pour la conclusion de contrats avec leurs actionnaires majoritaires. Cette position était justifiée par la proximité des sociétés avec les collectivités territoriales, les contrats n'étant envisagés que comme la matérialisation des obligations de service public contenues dans leurs statuts. Saisi de cette exception, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition en se fondant sur la violation du principe d'égalité. L'éviction des règles de mise en concurrence ne peut se justifier « ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités, ni par les difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre »¹¹. Pour justifier son analyse, le juge compare la situation des sociétés à capitaux mixtes avec celle des entreprises bénéficiant d'un monopole légal et avec celle des établissements publics. L'éviction des règles de la concurrence est justifiée par le lien indépassable entre la nature de l'organisme et la gestion de l'activité. Pour les sociétés en situation de monopole, le choix offert aux collectivités délégentes n'en est pas un, l'entreprise disposant d'un monopole légal. Quant aux établissements publics, ils institutionnalisent la gestion d'un service public et apparaissent ainsi comme une forme assouplie de gestion directe du service. Les sociétés d'économie mixte locales ne sont pas dans une situation équivalente. Pour le Conseil, la détention de la majorité du capital et l'obligation que l'objet du contrat figure expressément dans les statuts ne suffisent pas à dépasser l'approche organique de l'économie mixte locale. Même s'il n'y fait pas expressément référence, c'est à la mixité du capital social que le juge constitutionnel se

8. Loi du 7 juillet 1983, *op. cit.*

9. GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *Droit du service public* - Paris, Montchrestien, 2007, 2^e éd., n° 919-920.

10. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF*, 30 janvier 1993, p. 1588.

11. CC, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, point 47.

réfère pour fonder sa décision. La présence d'actionnaires minoritaires confère à l'entité une indépendance qui interdit l'éviction des règles de la commande publique dans les relations contractuelles, la société étant trop autonome par rapport à ses actionnaires majoritaires pour être une structure relayant l'action publique¹². Adoptant une analyse organique de l'économie mixte locale, il refuse de tenir compte des relations institutionnelles pour apprécier la spécificité des sociétés. Par cette démarche le Conseil constitutionnel n'a pas seulement aligné le régime des délégations de service public des sociétés d'économie mixte locales sur le régime commun, codifié aux articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales¹³, mais a également ouvert la voie à une banalisation généralisée des relations contractuelles.

II. LA GÉNÉRALISATION DE LA MISE EN CONCURRENCE À L'ENSEMBLE DES RELATIONS CONTRACTUELLES

385. S'appuyant sur la position du juge constitutionnel, le juge administratif a progressivement étendu l'application des principes de la commande publique à l'ensemble des relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Ce faisant, il a également répondu aux sollicitations des institutions de l'Union européenne tendant à la généralisation de l'application des règles de transparence dans la commande publique. Désormais, les obligations de mise en concurrence s'appliquent aussi bien aux marchés publics (A) qu'aux concessions d'aménagement (B) conclues entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales.

A. LA MISE EN CONCURRENCE DES MARCHÉS PUBLICS

386. L'approche personnaliste de l'économie mixte locale ayant été rejetée lors de la conclusion des délégations de service public – pourtant teintées d'un fort *intuitus personae* – rien ne s'opposait à l'extension de l'application des obligations de transparence dans les marchés publics¹⁴. Pour le juge administratif, « il résulte des termes mêmes [du code des marchés publics] et sans qu'il y ait lieu

12. D. Pouyaud, approuvant la décision, constate que « les intérêts minoritaires peuvent jouer un rôle non négligeable dans la société » (*in* - Concurrence, transparence et libre administration : à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 - *RFDA*, 1993, p. 910).

13. Les chambres régionales et territoriales des comptes vérifient, lors de leurs contrôles de gestion, le respect de ces dispositions. Elles constatent parfois qu'en l'absence de tout document contractuel, « les liens entre le syndicat mixte et la SEM auraient dû faire l'objet d'un document contractuel prenant la forme, compte tenu des activités et du mode de rémunération de la SEM, d'une convention de délégation de service public » adoptée conformément aux articles L. 1411-1 et suivants du code (CRC Midi-Pyrénées, ROD 28 septembre 2007, *Société d'économie mixte Air 12*, p. 7). En cas de non-respect des procédures codifiées au code général des collectivités territoriales, elles « s'interrog[ent] sur la pertinence du cadre contractuel utilisé, sans même la mise en place d'une consultation constituant la mise en concurrence » (CRC Centre, ROD 7 avril 2005, *Société d'économie mixte des transports de l'agglomération orléanaise (SEMTAO)*, p. 14). Ces contrats sont soumis à l'ensemble des dispositions du code, telles que les règles relatives à la tarification (Rép. min. à QE, n° 36510, *JO Assemblée nationale*, 13 mars 2010, p. 3100).

14. Sur la notion de marché public et sa distinction avec la délégation de service public, cf. CHÉROT (J-Y) - *Droit public économique* - Paris, Economica, 2^e éd., 2007, n° 469 et s., et en particulier n° 476 ; RICHER (L) - *op. cit.* - n° 806.

de se référer aux travaux préparatoires de la loi invoqués par le requérant pour lever une difficulté d'interprétation, qu'elles n'ont pas eu pour objet de soustraire à l'application des règles régissant le code des marchés publics, les contrats par lesquels une collectivité territoriale confie à une société d'économie mixte locale l'exécution de prestations de services »¹⁵. Cette interprétation des travaux préparatoires au code manifeste le rejet de l'interprétation fonctionnelle des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, au profit d'une approche organique.

387. Malgré le principe de l'application des règles de la commande publique aux marchés publics, la question se posait de l'extension des règles de transparence à certains marchés publics ne relevant pas du code, et en particulier aux mandats de maîtrise d'ouvrage publique¹⁶. Outre la spécificité de la réglementation de ces contrats, la loi du 12 juillet 1985 limitait leur utilisation aux seuls établissements publics et sociétés d'économie mixte locales. Le rapprochement entre l'établissement public et la société à capitaux mixtes était manifeste. Tous deux étaient considérés comme un mode de gestion parapublique de l'activité dispensé de mise en concurrence. Le recours aux sociétés d'économie mixte locales présentait un double avantage pour les collectivités territoriales : il leur permettait de s'affranchir des règles parfois contraignantes applicables aux établissements publics¹⁷, tout en confiant l'exercice de l'activité à un tiers relevant de leur sphère d'influence.

388. Le droit applicable aux conventions de maîtrise d'ouvrage publique a connu une double évolution sous l'influence des instances de l'Union européenne¹⁸ : le juge administratif a aligné leur procédure de passation sur le régime

15. CE, 30 décembre 2002, *Département des Côtes d'Armor*, JCP ACT, février 2003, 1186, note Moreau. Cf., également, CAA Bordeaux, 17 mars 1997, *Département de l'Hérault*, Rec. tables 925, JCP E, mars 1998, p. 462 et s., note Guibal ; CAA Nantes, 8 décembre 1999, *Préfet des Côtes d'Armor c/ Société d'économie mixte et de gestion des Côtes d'Armor*, Req. 96NT00932.

16. La réglementation relative aux mandats de maîtrise d'ouvrage publique est issue de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (JORF, 13 juillet 1985, p. 7914), modifiée par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (JORF, 19 juin 2004, p. 11020). Le mandat de la loi MOP est le contrat par lequel la réalisation de « tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi [que des] équipements industriels destinés à leur exploitation » est confiée à un maître d'œuvre délégué (article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1985). Sur la notion de mandat de maîtrise d'ouvrage publique cf. CHÉROT (J-Y) - *op. cit.*, n° 481 et s. ; NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 1042 ; RICHER (L) - *op. cit.* - n° 698 ; BUÈS (J) - Notion de maîtrise d'ouvrage publique : l'état d'urgence - CP-ACCP, nov. 2004, p. 34 et s. ; GRANJON (R) - Le contrat de mandat rattrapé par le droit administratif - CP-ACCP, janv. 2004, p. 21 et s.

17. Sur le régime des établissements publics, cf., notamment, PLESSIX (B) - Établissements publics. Statut. Structures. - J. Cl. Adm., fasc. 136 ; BÉROUJON (F) - Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics - RFDA, 2008, p. 26 et s.

18. Dans un avis motivé adressé à la France le 17 octobre 2002, la Commission reprochait à la loi du 12 juillet 1985 de méconnaître les dispositions communautaires relatives à la transparence des relations contractuelles, et en particulier la directive 93/137/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (devenue la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services, JOUE, L 134, 30 avril 2004). La procédure de la Commission a été abandonnée, mais le juge communautaire a confirmé en 2005 que les conventions de maîtrise d'ouvrage publique n'échappent pas aux obligations de publicité et de mise en concurrence et doivent être accessibles à toute personne (CJCE, 20 octobre 2005, *Commission c/ France*, C-264/03, conclusions Maduro ; CP-ACCP, nov. 2004, p. 30 et s., note Cossalter ; *Contrats Marchés publ.*, déc. 2005, comm. 296, note Zimmer).

issu du code des marchés publics¹⁹, puis le législateur a élargi la catégorie des personnes pouvant obtenir l'attribution d'un tel contrat²⁰. Les sociétés d'économie mixte locales n'étaient pas directement visées par ces réformes qui se sont attachées à ouvrir le champ de la maîtrise d'ouvrage publique. Elles en ont cependant subi les conséquences en perdant l'un de leurs domaines de compétence préservés par la loi. L'élargissement du champ de la maîtrise d'ouvrage publique s'inscrit dans le mouvement plus général de rejet de la spécificité des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, qui a également atteint l'aménagement, secteur traditionnel d'intervention des sociétés d'économie mixte locales.

B. LA MISE EN CONCURRENCE DES CONCESSIONS D'AMÉNAGEMENT

389. Le droit de l'aménagement a connu de nombreuses évolutions depuis 2004²¹. La loi réservait traditionnellement à certaines personnes (les établissements publics et les sociétés d'économie mixte d'aménagement) le bénéfice de pouvoir conclure des conventions publiques d'aménagement – avec les collectivités territoriales²². Les sociétés d'économie mixte locales étaient ainsi les seules personnes morales de droit privé autorisées à exercer des missions d'aménagement²³, ce qui s'expliquait en particulier par des considérations historiques. L'aménagement et la construction ont été les deux premiers domaines dans lesquels les collectivités territoriales ont pu, depuis les décrets-lois de 1926, créer des sociétés à capitaux mixtes²⁴. Lors de la réforme de l'économie mixte locale du 2 janvier 2002, la loi n'a pas remis en cause ce fondement traditionnel de l'aménagement, confirmant la vocation originelle des sociétés à exercer de telles missions.

390. La spécificité du régime français de l'aménagement public a été discutée par les instances de l'Union européenne, qui ont contesté leur qualification

19. CE, 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, Union nationale des services publics industriels et commerciaux (Unspic) et a.*, Dr. Adm., 2003, comm. 107, note de Ménéménis.

20. Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, *JORF*, 19 juin 2004, p. 11020. Cf. BERNARD (J-M) - Évolutions probables de la pratique de la maîtrise d'ouvrage publique - *CP-ACCP*, novembre 2006, p. 45 et s. ; GOLFIER (B) - L'ouverture du mandat loi MOP aux opérateurs privés - *CP-ACCP*, nov. 2006, p. 40 et s.

21. Pour une approche globale des contrats d'aménagement, cf. NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 1410-1431 ; RICHER (L) - *op. cit.* - n° 1310-1332 ; DEVES (C) - Les contrats publics d'aménagement - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 95 et s. ; FATÔME (É) - Il faut un réexamen d'ensemble du droit de l'aménagement - *op. cit.*

22. La loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière (*JORF*, 3 janvier 1968, p. 3) avait créé deux contrats d'aménagement, dont l'un ne pouvait être conclu qu'avec des établissements publics ou des sociétés d'économie mixte. La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU) (*JORF*, 14 décembre 2000, p. 1977) a modifié le régime de l'aménagement, en transformant l'une des deux concessions en convention publique d'aménagement, dont le domaine était réservé aux établissements publics et sociétés d'économie mixte.

23. Sur l'utilisation du contrat d'aménagement par les sociétés d'économie mixte locales, cf., notamment, BIZET (J-F) - Les sociétés d'économie mixte et la nouvelle conception de l'aménagement - *AJDA*, 1993, p. 595 et s. ; DEVES (C) - SEM et aménagement du territoire : les beaux jours d'un vieux couple - *RFC*, 1995, n° 264, p. 27 et s.

24. Pour une approche historique du développement de l'économie mixte locale, cf. *supra*, Introduction.

de contrats *sui generis*²⁵, ainsi que l'absence de mise en concurrence lors de leur passation²⁶. La réforme de 2002 n'ayant pas été l'occasion pour le législateur d'aligner la procédure de passation des contrats d'aménagement sur les standards de transparence, la Commission a adressé à la France, le 4 février 2004, une liste de griefs portant sur l'incompatibilité du code de l'urbanisme avec le droit de l'Union, et en particulier sur l'absence de publicité et de mise en concurrence lors de l'attribution des conventions publiques d'aménagement.

391. La prise en compte de ces griefs en droit interne est à l'origine de la soumission jurisprudentielle des concessions d'aménagement des sociétés d'économie mixte locales au droit de la commande publique. L'arrêt *Sodegis* du 9 novembre 2004, rendu par la Cour administrative d'appel de Bordeaux, a étendu les principes de transparence au régime de passation des contrats d'aménagement. Rappelant la nature particulière de ces contrats, elle souligne néanmoins que ces conventions ne sont « pas pour autant exclues du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats »²⁷. Le juge interne a ainsi aligné sa position sur celle dégagée par le juge de l'Union européenne. Selon ce dernier, l'ensemble des contrats des collectivités publiques doit être soumis à un principe visant « à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des

25. En droit français, « l'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État » (article L. 300-4 du code de l'urbanisme). Ces contrats échappent ainsi aux règles du code des marchés publics. Le Conseil d'État, dans son rapport de 2002, avait souligné la difficulté de les rattacher à une catégorie prédéfinie de contrat, rejetant tour à tour la qualification de délégation de service public et de marché public (in *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence* - Paris, EDCE, n° 53, La Documentation française, 2002, p. 295 et s.). Le juge administratif lui refuse par ailleurs la qualification de mandat dès lors qu'elle « n'avait pas comme seul objet de faire réaliser pour le compte de la communauté d'agglomération des ouvrages destinés à lui être remis dès leur achèvement ou leur réception » (CE, 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse*, Req. 330722, *JCP ACT*, juin 2011, 2205 note Devès, *Contrats et marchés publ.*, mai 2011, comm. 130, note Devilliers). Pour la Cour de justice des Communautés européennes, les contrats d'aménagement peuvent être qualifiés de marchés de travaux, dès lors que leurs caractéristiques correspondent à ce type de convention (cf. CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, C-220/05, conclusions Kokott). Le juge administratif reprend parfois cette qualification, sans pour autant en déduire de principe de portée générale (cf. TA Lyon, 22 mars 2007, *Jean Auroux*, Req. 0205404 ; CAA Nantes, 19 décembre 2007, *Josse c/ Commune de Chevagnes*, Req. 06NT01078, *Contrats Marchés publ.*, mars 2008, comm. 51, note Pietri). Pour mettre la législation française en conformité avec le droit communautaire, le décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement (*JORF*, 24 juillet 2009, p. 12370) a créé un régime de publicité et de mise en concurrence spécial, pour les « concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés » (article 3 du décret).

26. Tenant compte de la portée générale de la jurisprudence *Telaustria*, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a, la première, considéré que les contrats d'aménagements doivent, comme l'ensemble des contrats de la commande publique, être soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH Telefonadress*, *Contrats et marchés publ.*, 2001, comm. 50, note Llorens, C-324/98, conclusions Fennelly ; CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis*, Req. 01BX00381, *BJDCP*, n° 39, 2005, p. 117 et s., conclusions Péano, *Contrats et marchés publ.*, 2005, comm. 31, note Pietri, *La lettre du cadre territorial*, 2005, n° 292, p. 63, note Cazin et Salamand).

27. CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *op. cit.*

procédures d'adjudications »²⁸. Même en l'absence de réglementation spéciale, un formalisme minimal s'impose aux contrats d'aménagement comme à tous les contrats de la commande publique.

392. L'arrêt *Sodegis* marque une évolution importante des relations contractuelles entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales. Cependant, la cour administrative d'appel n'a pas déterminé quelle procédure de passation devait être appliquée, ne réalisant ainsi qu'un « demi-pas de géant »²⁹. L'évolution de la position du juge administratif a incité le législateur à reprendre l'intégralité de la réglementation de l'aménagement. La loi du 20 juillet 2005 supprime les conventions publiques d'aménagement, remplacées par des concessions d'aménagement soumises à une obligation de mise en concurrence³⁰. L'article L. 300-4 du code de l'urbanisme impose désormais « une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes »³¹. Comme pour les mandats de maîtrise d'ouvrage publique, le champ des concessions est élargi à tout type d'opérateur, aussi bien public que privé. L'extension des obligations de publicité et de mise en concurrence a entraîné une perte de la spécificité des sociétés d'économie mixte locales d'aménagement. Les collectivités restent cependant très attachées à la proximité institutionnelle que leur offre l'économie mixte locale³² : près de 25 % des sociétés sont spécialisées dans le domaine de l'aménagement³³. C'est la raison pour laquelle ce secteur a servi d'expérimentation au législateur pour la création de sociétés à capitaux intégralement publics, devant permettre de contourner les conséquences du refus du juge de l'Union européenne d'appliquer la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles³⁴.

393. L'extension des obligations de transparence à l'ensemble des contrats conclus entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales illustre le mouvement plus général d'assimilation de ces sociétés à des sociétés commerciales de droit commun. Ce mouvement a par ailleurs entraîné l'abandon progressif de l'encadrement législatif spécifique aux relations contractuelles.

28. CJCE, 7 décembre 2000, *op. cit.*

29. CAZIN (B), SALAMAND (W) - Les conventions publiques d'aménagement : un demi-pas de géant - Note sous CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis, La lettre du cadre territorial*, 2005, n° 292, p. 63.

30. Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement, *JORF* du 21 juillet 2005.

31. Article 1^{er}, alinéa 2 de la loi de 2005 modifiant l'article L 300-4 du code de l'urbanisme.

32. Dans la pratique, les collectivités territoriales sont très attachées à la réalisation des opérations d'aménagement par des structures qu'elles contrôlent étroitement, et il arrive fréquemment que plusieurs sociétés soient créées dans un même secteur géographique, pour agir pour le compte d'opérateurs différents. La politique de la ville de Grenoble illustre en matière d'aménagement urbain l'idée d'utilitarisme de l'économie mixte locale. Alors qu'existe une société d'économie mixte locale d'aménagement à caractère généraliste sur le territoire isérois et dont la ville est actionnaire (pour moins de 10 %), cette dernière a préféré créer deux sociétés d'économie mixte locales spécifiques – et dans lesquelles elle détient seule la majorité du capital – pour leur confier l'aménagement de différents quartiers du territoire communal (la SEM d'aménagement Grenoble Espace Sud (Sages) et la SEM Grenoble 2000, devenue Innovia - Grenoble Durablement).

33. Sur les 1061 sociétés recensées en 2010 par la Fédération des entreprises publiques locales, 266 exercent des missions d'aménagement (source : www.lesepls.fr).

34. Sur les sociétés publiques locales d'aménagement, *cf. infra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

§ 2 L'ABANDON PROGRESSIF DE L'ENCADREMENT LÉGISLATIF DES RELATIONS CONTRACTUELLES

394. Afin d'éviter que les sociétés d'économie mixte locales échappent à la domination de leurs actionnaires publics, divers décrets ont imposé des statuts-types dans les années 1960³⁵. Les relations contractuelles étaient alors organisées par des documents-types garantissant aux actionnaires publics la maîtrise des conditions d'intervention des sociétés dans le secteur économique. La domination était tellement affichée que les sociétés d'économie mixte locales étaient parfois décrites comme des « sociétés d'intérêts publics »³⁶. La suppression de la tutelle, lors de la réforme de la décentralisation en 1982-1983³⁷, a rendu caduc le système des statuts-types. Cependant, la reprise de la plupart des dispositions réglementaires par la loi du 7 juillet 1983³⁸ n'a pas permis cet alignement des sociétés sur le droit commun. L'extension progressive des règles de la commande publique dans les relations contractuelles, à partir des années 1990, a limité l'intérêt de cet encadrement spécifique, l'ensemble des relations contractuelles étant progressivement soumises à une réglementation propre³⁹. Cette perte de spécificité a conduit le législateur à limiter cet encadrement aux seules concessions d'aménagement.

395. Le code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi du 2 janvier 2002, limite et adapte le formalisme des relations contractuelles aux seules concessions d'aménagement conclues entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales⁴⁰. Pour les rapporteurs du texte au Parlement, le maintien de cet encadrement est justifié « dans la mesure où des dispositions, adoptées postérieurement à la loi de 1983, en matière de maîtrise d'ouvrage publique, de délégations de service public et de marchés publics, permettent actuellement de couvrir l'ensemble des autres contrats susceptibles

35. *Cf.*, à titre illustratif, le décret n° 60-553 du 1^{er} juin 1960 portant approbation des statuts-types des sociétés anonymes d'économie mixte visées à l'article 395 du code de l'administration communale, à l'article 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation et à l'article 4 du décret 53-982 du 30-09-1953, *JORF*, 12 juin 1960, p. 5312 ; le décret n° 69-295 du 24 mars 1969 portant approbation des statuts-types de certaines sociétés anonymes d'économie mixte prévues à l'art. 395 du code de l'administration communale, à l'art. 3 du décret 55-579 du 20 mai 1955, à l'art. 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation et à l'art. 4 du décret 53-982 du 30 septembre 1953, *JORF*, 2 avril 1969, p. 3287 ; le décret n° 69-357 du 16 avril 1969 modifiant le décret du 19 mai 1959 fixant, en application de l'article 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation, les modalités de constitution et de fonctionnement des sociétés d'économie mixte et des établissements publics chargés de réaliser des opérations d'aménagement urbain, *JORF*, 22 avril 1969, p. 4023 ; le décret n° 77-205 du 18 février 1977 portant approbation des modifications aux statuts-types de certaines sociétés anonymes d'économie mixte constituées avec la participation des collectivités locales, *JORF*, 6 mars 1977, p. 1280.

36. TAGAND (R) - *Le régime juridique de la société d'économie mixte* - Paris, LGDJ, 1969, p. 7.

37. Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF*, 3 mars 1982, p. 1730 ; loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, *JORF*, 9 janvier 1983, p. 215.

38. Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099.

39. À titre principal les articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public et le code des marchés publics pour les marchés publics.

40. Articles L. 1523-2 et L. 1523-3 du code général des collectivités territoriales.

d'être passés entre une collectivité locale et une société d'économie mixte »⁴¹. Il existe pourtant une réglementation spécifique des opérations d'aménagement depuis l'adoption de la loi du 13 décembre 2000⁴².

396. L'adoption de la loi du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement n'a pas été l'occasion pour le législateur de modifier sa position sur les concessions d'aménagement conclues entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales. Lors des débats sur l'adoption de la loi, les rapporteurs sur le texte n'ont pas soulevé cette difficulté et n'ont procédé qu'à « une mise en cohérence rédactionnelle » du code général des collectivités territoriales avec le code de l'urbanisme⁴³. À la lecture des textes, cette cohérence n'est cependant pas avérée. L'article L. 1523-3 du code général des collectivités territoriales ne présente aucune spécificité et se limite à rappeler que « le traité de concession est établi conformément aux dispositions des articles L. 300-4 à L. 300-5-2 » du code de l'urbanisme. Certains alinéas de l'article L. 1523-2 du code sont le décalque de l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme⁴⁴. La seule différence tient au régime de ces dispositions : alors qu'elles sont obligatoires, à peine de nullité, dans les concessions d'aménagement des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, le code de l'urbanisme ne sanctionne pas de nullité l'absence desdites mentions. Les contrats conclus avec les sociétés d'économie mixte locales sont davantage protecteurs des intérêts de ces dernières dans la mesure où ils imposent la passation d'un contrat⁴⁵ et l'organisation des conditions et des modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas de rachat, de résiliation ou de déchéance du contrat⁴⁶.

397. L'encadrement financier des concessions d'aménagement à l'article L. 1523-2 du code général des collectivités territoriales est largement inspiré de

41. GIROD (P) - *op. cit.* - n° 77, p. 43. Dans son rapport sur le texte présenté à l'Assemblée nationale, J. Darne expose les mêmes arguments (*op. cit.* - n° 3137, p. 50).

42. Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU), *JORF*, 14 décembre 2000, p. 1977. Codifiée aux articles L. 300-4 et suivants du code de l'urbanisme, la réglementation générale des contrats d'aménagement est très proche de celle applicable spécifiquement aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. En particulier, l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction en vigueur lors de la réforme de l'économie mixte locale en 2002, imposait un certain nombre de mentions dans le contrat, « à peine de nullité ».

43. GRAND (J-P) - *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi relatif aux concessions d'aménagement* - Paris, Assemblée nationale, session extraordinaire de 2004-2005, n° 2404, p. 26. Le rapporteur du texte devant le Sénat adopte une position identique, et selon lui la modification des articles du code général des collectivités territoriales permet seulement « de mettre leur rédaction en cohérence avec les dispositions du projet de loi » (SUEUR (J-P) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif aux concessions d'aménagement* - Paris, Sénat, session extraordinaire de 2004-2005, n° 458, p. 42).

44. Les articles L. 1523-2 1° du code général des collectivités territoriales et L. 300-5 I-1° prévoient que le contrat doit mentionner « l'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé, ou modifié » (selon l'article L. 300-5, « renouvelé » selon l'article L. 1523-2) ; selon les articles L. 1523-2 2° et L. 300-5 I-2° le contrat doit prévoir « les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par le concédant, ainsi que, éventuellement, les conditions et les modalités d'indemnisation du concessionnaire ».

45. CRC Rhône-Alpes, ROD 23 décembre 2004, *Société d'économie mixte d'Archamps et du Genevois (SEMAG)*, n° 2.1.1.

46. Article L. 1523-2 2° du code général des collectivités territoriales.

l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme⁴⁷. Cependant, si les expressions employées diffèrent, l'esprit de la réglementation du code de l'urbanisme demeure⁴⁸. Dans les deux cas les textes organisent des modalités de contrôle des personnes publiques sur l'attribution d'aides financières dans le cadre de ces contrats⁴⁹, ainsi que sur leur suivi⁵⁰. Selon les juridictions financières, la conséquence de cette obligation est que la modification de la participation financière ne peut être réalisée que par la voie d'un avenant à la convention⁵¹.

398. Les concessions d'aménagement conclues entre les sociétés d'économie mixte locales et les collectivités territoriales tendent vers une banalisation, se rapprochant fortement des contrats d'aménagement de droit commun, malgré le maintien de dispositions particulières les encadrant. La préservation de ces dispositions est d'ailleurs discutable tant leur spécificité a été estompée⁵². En l'absence de réforme de la législation, il demeure une réglementation largement redondante et dont la pertinence n'est pas avérée.

399. Amorcée dans les années 1990 par le développement des obligations de transparence, la banalisation des relations contractuelles a été depuis lors constamment renforcée. Elle s'est traduite par l'abandon progressif du régime d'encadrement des contrats, voire pour les contrats d'aménagement et de maîtrise d'ouvrage publique par l'abandon de la situation privilégiée dans laquelle se trouvaient les sociétés pour obtenir ces contrats. Réservés aux établissements publics et aux sociétés d'économie mixte locales, ils peuvent désormais être conclus avec toute personne publique ou privée. Traduisant la prédominance de

47. Sur le financement des relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

48. Ainsi, selon l'article L. 1523-2 3° le contrat doit contenir « les obligations de chacune des parties et notamment, le cas échéant, le montant de la participation financière du concédant dans les conditions prévues à l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, ainsi que les modalités de contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant dans les conditions prévues à l'article L. 300-5 précité ». Selon l'article L. 300-5, le contrat doit prévoir « les modalités de cette participation financière, qui peut prendre la forme d'apports en nature » (II-1°) ainsi que « le montant total de cette participation et, s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles » (II-2°).

49. Articles L. 1523-2 4° du code général des collectivités territoriales et L. 300-5 II-3° c du code de l'urbanisme : les apports financiers doivent être approuvés « par l'organe délibérant du concédant ». Sur les modalités d'attribution d'aides financières dans le cadre des relations contractuelles, cf. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

50. Articles L. 1523-2 4° du code général des collectivités territoriales et L. 300-5 III du code de l'urbanisme : le concessionnaire doit rendre compte de l'utilisation des fonds apportés dans le cadre du contrat. Cf. à titre illustratif, CRC Midi-Pyrénées, ROD 8 juin 2004, *Société d'économie mixte 81*, p. 20 ; CRC Aquitaine, ROD 8 décembre 2006, *Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement de Lot-et-Garonne - SEM 47*, p. 7 ; CRC Île-de-France, ROD 15 juin 2007, *Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement de la ville de Créteil (SEMAEC)*, p. 3.

51. Les juridictions financières rappellent que « même si un tel formalisme pourrait ne pas être réclamé chaque année, un avenant apparaît de toute façon indispensable, dès lors que le montant définitif de la participation est déterminé » ou « à chaque fois qu'un bilan prévisionnel actualisé fait apparaître une modification de la participation de la collectivité » (CRC Bourgogne, ROD 19 décembre 2002, *Société anonyme d'économie mixte d'aménagement de la Nièvre (SAEMAN)*, point 5.4.1).

52. Les sociétés d'économie mixte locales ne conservent, de leur régime dérogatoire initial, que la possibilité d'échapper à l'impôt sur les sociétés pour les résultats de certaines opérations d'aménagement (article 207 6° du code des impôts : le bénéfice de cet article est limité à la réalisation de « a.-zone d'aménagement concerté ; b.-lotissements ; c.-zone de restauration immobilière ; d.-zone de résorption de l'habitat insalubre ; e.-opérations de rénovation urbaine »). Cf. SESTIER (J-F) - Les SEML après les textes relatifs aux concessions d'aménagement - in Les SEM en mutation, CP-ACCP, octobre 2006, p. 38.

la vision organique de l'économie mixte locale, cette banalisation a été confortée par le rejet de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles.

SECTION 2

LE REJET DE LA THÉORIE DES PRESTATIONS INTÉGRÉES DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES

400. L'obligation de mise en concurrence des relations contractuelles des collectivités territoriales n'est pas absolue. Elle connaît deux exceptions, liées à la nature de l'activité exercée ou au degré de dépendance des cocontractants. En premier lieu, l'obligation de mise en concurrence est écartée lorsque la personne publique confie par la voie contractuelle une activité qui ne présente pas un caractère économique. Cette exception n'a qu'une portée limitée dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Si le législateur autorise les sociétés à exercer toute activité d'intérêt général, le juge administratif s'est montré réticent à reconnaître qu'une telle société puisse être chargée d'une mission de service public administratif⁵³. Le juge de l'Union a par ailleurs une conception extensive des notions d'entreprise⁵⁴ et d'activité économique⁵⁵ ne permettant pas d'exclure, *a priori*, les sociétés d'économie mixte locales du champ d'application du principe de transparence⁵⁶.

53. Cf., par exemple, CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*, Req. 00PA00781, *BJCL*, 2004, p. 563 et s., concl. Trouilly). Sur l'objet social des sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

54. L'entreprise correspond à « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement » (CJCE, 27 avril 1991, *Klauss Höfner et Fritz Elser*, C-41/90, Rec. CJCE I-1979, point 21). Sur la notion d'entreprise en droit communautaire, cf. ARCELIN (L) - *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire* - Paris, Litec, 2003, 554 p.

55. Une activité économique est caractérisée dès lors qu'une entreprise offre des biens ou des services sur marché. Pour déterminer si une entreprise exerce une activité économique, la Cour utilise un faisceau d'indices tenant à la nature de l'activité, à ses conditions d'exercice et à aux modalités d'organisation de l'entreprise. Ainsi, une activité exclusivement sociale et fondée sur le principe de solidarité peut être considérée comme non économique (CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-41/90, conclusions Tesaro ; CJCE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, C-205/03, conclusions Maduro). La fourniture de transports d'urgence et de transports de malades constitue une activité économique dès lors qu'elle est exercée moyennant rétribution des utilisateurs (CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckneri* C-475/99, conclusions Jacobs). À l'inverse, l'activité de transports de blessés par les services de lutte contre les incendies n'est pas constitutive d'une activité économique dès lors qu'elle fournit cette prestation en exerçant directement ses compétences, directement issues de la loi (CJCE, 18 décembre 2007, *Commission c/ Irlande*, C-532/03, conclusions Stix-Hackl ; *JCP ACT*, fév. 2008, comm. 30, note Zimmer). Pour une présentation générale, CHÉROT (J-Y) - *op. cit.* - n° 160-164 ; NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 655-677.

56. La Cour de justice de l'Union européenne précise par ailleurs que même lorsqu'elles ne sont pas tenues d'appliquer une procédure formelle, les personnes publiques doivent respecter « les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier », ce principe impliquant la soumission du contrat à « un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication » (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH Telefonadress*, C-324/98, n° 60-62).

401. En second lieu, l'obligation de mise en concurrence est écartée dans les relations contractuelles entretenues avec un prestataire intégré à la collectivité. Cette exception est fondée sur la nature des relations entretenues par les contractants, qualifiées de relations « interorganiques »⁵⁷, de prestations ou de gestions « intégrées »⁵⁸. Le contrat est alors qualifié de « *in house* », c'est-à-dire « dans la maison »⁵⁹. Cette dernière dénomination souligne l'ambiguïté de la notion de contrat *in house* : conclu entre une personne publique et un tiers, le contrat n'a pourtant pas toutes les caractéristiques d'un contrat. En particulier, l'autonomie de la volonté du partenaire de la personne publique peut être discutée, celui-ci étant statutairement chargé d'exercer l'activité, objet du contrat. Pour autant la qualification de l'acte de contrat ne saurait être abandonnée, les deux parties étant dotées de la personnalité morale. Le cocontractant est juridiquement indépendant mais n'en demeure pas moins dans une situation de dépendance fonctionnelle par rapport à la personne publique. L'idée de « contrat de quasi-régie »⁶⁰ reprend cette double idée. L'indépendance est reflétée par la notion de contrat, tandis que le recours à la régie rappelle le lien étroit avec la personne publique. Le préfixe « quasi » unit ces deux propositions antinomiques en précisant que le contrat fait presque du tiers un service interne à la personne publique. Le maintien des obligations de mise en concurrence ne se justifie plus dès lors que le contrat reflète davantage les besoins d'organisation interne de la collectivité que sa volonté de trouver un partenaire pour réaliser une activité économique.

402. Le juge de l'Union manie la théorie des prestations intégrées avec circonspection. En même temps qu'il en a précisé la définition, il en a exclu irrévocablement – semble-t-il – les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales de son champ d'application. Cette interprétation restrictive révèle un paradoxe de la jurisprudence européenne. La Cour de Justice privilégie généralement une analyse fonctionnelle du droit, afin de préserver l'effet utile du droit de l'Union. Elle est ainsi indifférente au statut des personnes contrôlées et n'hésite pas, par exemple, à qualifier d'entreprise une personne non dotée de la personnalité morale⁶¹. Dans l'interprétation de la notion de relation *in house* elle adopte, au contraire, une analyse organique. Elle déduit de la mixité du capital social une indépendance irréductible de la société et contraire à l'idée de prestation intégrée. Cette exclusion résulte d'une interprétation restrictive des critères de la théorie des prestations intégrées (§ 1). D'abord

57. RICHER (L) - *Droit des contrats administratifs* - Paris, LGDJ, 7^e éd., 2010, n° 754.

58. Cf., notamment, DEVÈS (C) - Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou de « *in house* » - *JCP ACT*, juin 2009, commentaire 2145 ; SOLER-COUTEAUX (P) - La création d'un GIP est légale au regard du droit des marchés publics dès lors que ses statuts obéissent aux principes régissant la gestion intégrée - *Contrats Marchés publ.*, avr. 2009, comm. 120.

59. Cf., notamment, FENOYL (É) de - Contrats « *in house* » : état des lieux après l'arrêt *Asemfo* - Note sous CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* - *AJDA*, 2007, p. 1759 et s ; ROLIN (F) - Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* - Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle- AJDA*, 2005, p. 898 et s.

60. *Les contrats de quasi-régie*, fiche technique publiée par la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi (MINEFE), 19 février 2009, 4 p. (disponible sur le site Internet du MINEFE, <http://www.colloc.bercy.gouv.fr>). La dénomination de quasi-régie a été adoptée par la Commission générale de terminologie et de néologie pour remplacer celle de relation « *in house* » (Liste de termes, expressions et définitions adoptés par la Commission générale de terminologie et de néologie, *JORF*, 19 novembre 2008, p. 17687).

61. CJCE, 27 avril 1991, *Klauss Höfner et Fritz Elser*, C-41/90, Rec. CJCE I-1979, *op. cit.*

cantonnée aux seuls marchés conclus entre les collectivités et les sociétés, elle a été étendue à l'ensemble des relations contractuelles (§ 2).

§ 1. L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DES CRITÈRES DE LA THÉORIE DES PRESTATIONS INTÉGRÉES DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES

403. La notion de prestation intégrée a été développée par la Cour de Justice de l'Union européenne⁶² avant d'être reprise en droit administratif français⁶³. Selon la jurisprudence *Teckal*, les principes européens issus des directives « marchés »⁶⁴ ne peuvent être écartés qu'à la double condition que « la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »⁶⁵. Le cocontractant conserve une existence juridique propre, mais doit être dédié à la satisfaction de la personne publique. La prestation intégrée suppose que l'indépendance statutaire soit compensée par la dépendance fonctionnelle du partenaire contractuel. Pour reconnaître l'existence d'une relation *in house*, le juge a dégagé deux critères cumulatifs matérialisant cette domination : le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'organisme un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services, lequel organisme doit exercer l'essentiel de ses activités à son profit.

404. L'étroitesse des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales aurait pu conduire le juge à appliquer la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles avec les collectivités territoriales actionnaires. Créées par les collectivités territoriales, les sociétés sont dominées institutionnellement par celles-ci et ont vocation à intervenir principalement à leur profit⁶⁶. Malgré l'espoir qu'a suscité l'émergence de cette théorie pour les

62. Présentée pour la première fois par l'avocat général La Pergola dans ses conclusions sur l'affaire *BFI Holding BV*, la notion de prestation intégrée a été consacrée par la jurisprudence *Teckal* (CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, C-360/96, Rec. CJCE 1998 I-06821, conclusions La Pergola, *BJCP*, 1999, n° 2, p. 155 et s. ; CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, conclusions Cosmas, *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43 et s.).

63. Articles 3-1° du code des marchés publics, L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales et 23-1° 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 (*JORF*, 7 juin 2005, p. 10014). Le juge administratif a également repris la notion et se réfère souvent aux critères de reconnaissance des relations *in house*. Dans la majorité des cas le juge administratif ne fait pas référence à la notion de « *in house* », se contentant d'en reprendre les conditions d'application (*cf.*, à titre illustratif, CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, Rec. 401, *BJCP*, 2001, n° 19, p. 497 et s., conclusions Bergeal ; CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, Rec. 155, *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2128, note Pontier). Il arrive parfois que le juge fasse expressément référence à la notion de « contrat de quasi-régie » ou de « *in house* » (*cf.*, à titre illustratif, CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris*, Req. 07PA02380, *LPA*, 19 octobre 2009, p. 17 et s., note Ziani.) ou de « prestations intégrées » (*cf.*, à titre illustratif, CE, 9 juillet 2003, *Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres*, Inédit).

64. Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 (*op. cit.*).

65. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.*, point 50.

66. Sur la domination des collectivités territoriales dans leurs relations avec les collectivités territoriales, *cf. supra.*, Partie 1, Titre 2, chapitres 1 à 3.

acteurs de l'économie mixte locale⁶⁷, la Cour de Justice de l'Union européenne a expressément refusé de s'y référer lors de la passation des marchés publics avec les collectivités territoriales⁶⁸. La solution n'était pas évidente à dégager à partir de la seule formulation de la théorie des prestations intégrées par l'arrêt *Teckal*⁶⁹, et même si le juge financier avait fait preuve d'une certaine prudence à son égard⁷⁰. D'apparence large, son interprétation a été progressivement affinée, au point de créer des doutes quant à son applicabilité⁷¹. En toute hypothèse, la jurisprudence n'a pas varié concernant les sociétés d'économie mixte locales : pour la Cour, la mixité du capital social est source d'autonomie des sociétés, laquelle rend impossible l'idée d'un contrôle analogue (I) et délicate l'appréciation du critère de l'activité (II).

I. L'IMPOSSIBLE CONTRÔLE ANALOGUE DE SOCIÉTÉS À CAPITALS MIXTES

405. Lors de la reconnaissance de la théorie des prestations intégrées, le juge de l'Union avait évoqué les critères de reconnaissance d'une prestation intégrée sans toutefois l'appliquer aux faits de l'espèce⁷² ni en préciser le champ d'application. En droit interne, l'exception des relations *in house* a été insérée dès 2001

67. En ce sens, P. Terneyre relevait, en 2002, que « tant le droit communautaire (jurisprudence de la CJCE) que le droit interne (code des marchés publics) offre aujourd'hui aux collectivités publiques [...] la faculté de confier par contrat sans publicité ni mise en concurrence, la réalisation de ces prestations à une personne juridiquement distincte d'elles-mêmes (filiales, SEM, établissement de type « régie personnalisée », association) mais révélant en fait un simple démembrement de l'administration » (*in* - *Vade-mecum* sur les marchés publics *in house* - D, 2002, p. 670).

68. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL*, *op. cit.* Sur le rejet des relations *in house* dans les relations contractuelles avec les sociétés d'économie mixte locales par la jurisprudence *Stadt Halle*, cf. notamment, CAPITANT (D) - Les SEM exclues du « *in house* » - *CP-ACCP*, mars 2005, p. 45 et s. ; ECKERT (G) - Contrats « *in house* » et sociétés d'économie mixte locales ; MARCIALI (S) - La soumission des marchés conclus avec des SEM aux directives communautaires « marchés publics » - *LPA*, 2005, n° 124, p. 14 et s. ; MAUGÜÉ (C) - Peut-il y avoir un contrat « *in house* » entre un pouvoir adjudicateur et une société dans le capital de laquelle participe une entreprise privée ? - *BJDCP*, n° 40, 2005, p. 180 et s. ; ROLIN (F) - Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* - *op. cit.* ; PELTIER (J-M) - Que reste-t-il du *in house* ? - *RFDA*, 2005, p. 955 et s. ; SESTIER (J-F) - Nouvelles considérations sur l'arrêt *Stadt Halle* et les marchés publics « *in house* » : quand la Cour de justice ouvre la boîte de Pandore - *BJDCP*, n° 41, 2005, p. 258 et s.

69. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.*

70. Par ex., CRC Midi-Pyrénées, ROD, 9 juillet 2004, *Société du métro de l'agglomération de Toulouse*, n° 4.2.

71. Cf., à titre indicatif, LLORENS (F), SOLER-COUTEAUX (P) - Où en est-on du *in house* ? - *Contrats Marchés publ.*, mai 2006, repère 5 ; PEYRICAL (J-M) - *op. cit.* La jurisprudence a cependant dégagé des sphères d'application de la notion de prestation intégrée, principalement dans le domaine de l'intercommunalité (cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, et, à titre illustratif, CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SPRL*, C-324/07, conclusions Trestenjak).

72. En l'espèce, l'entreprise *Teckal*, entreprise privée, a obtenu la gestion du service de chauffage de certains bâtiments publics de la *Commune de Viano* sans que le contrat ait préalablement fait l'objet d'une mise en concurrence. Saisie d'une question préjudicielle concernant le champ d'application des directives « marchés », la Cour de justice de l'Union européenne considère que ces dernières sont par principe applicables et qu'il « ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent ». L'absence de liens spécifiques entre la commune et l'entreprise n'incitait cependant pas en l'espèce à une reconnaissance d'une relation *in house* (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.*, n° 50).

dans le code des marchés publics⁷³, puis en 2009 au sein du code général des collectivités territoriales⁷⁴. Une instruction du 28 août 2001 indiquait par ailleurs qu'une relation *in house* caractérise « la situation notamment, de [contrats] entre une collectivité territoriale et une société d'économie mixte qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de ses activités avec elle »⁷⁵. Pour le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales reflétaient l'approche instrumentale élaborée par la jurisprudence de l'Union européenne. La même année, le Conseil d'État avait cependant adopté une interprétation restrictive de la notion de prestation intégrée, dans une affaire ne concernant pas une société d'économie mixte locale mais un établissement public⁷⁶. Il n'en demeure pas moins que l'interprétation ministérielle était d'autant fragilisée. Selon le juge administratif, les relations entre l'État et l'Union des groupements d'achats publics – constitué sous la forme d'un établissement public – ne sont pas constitutives d'une prestation intégrée car la tutelle administrative exercée sur un tel organisme ne suffit pas à caractériser l'existence d'un contrôle analogue⁷⁷. Dans ces conditions, la qualification des relations entre une collectivité publique et une société commerciale bénéficiant d'une autonomie renforcée par rapport à un établissement public était incertaine, d'autant que la valeur juridique de l'instruction ministérielle était limitée⁷⁸.

406. La Cour de Justice de l'Union européenne a apporté une réponse définitive à ces doutes, en 2005, en refusant d'assimiler les relations contractuelles à des prestations intégrées. La motivation de la décision *Stadt Halle* est sans

73. Reprenant les critères communautaires, l'article 3-1° du code des marchés publics précise que sont exclus 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 » (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *JORF*, 8 mars 2001, p. 37003). Le décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006, l'article 3-1° ajoute une troisième condition – cumulative – à la reconnaissance d'une relation *in house* : il faut « que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par 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 » (sur l'application de l'ordonnance aux sociétés d'économie mixte locales et sur leur assimilation à un pouvoir adjudicateur, cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2).

74. Article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales. Cet article est donc inapplicable dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, comme le rappelle parfois le juge financier (CRC Aquitaine, Avis 7 septembre 2010, *Communauté de communes des hauts de Dronne*, n° 2010-0317).

75. Instruction ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 28 août 2001 (*JORF*, 8 septembre 2001, p. 14385), point 3.1.1.

76. CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, Rec. 401, *BJCP*, 2001, n° 19, p. 497 et s., conclusions Bergéal.

77. *Idem*.

78. Saisi de la question de la validité de cette disposition, le Conseil d'État a rappelé que l'instruction « ne fait que rappeler et illustrer les conditions d'application de [l'article 3 du code des marchés publics] » et que « par suite, les moyens tirés de ce qu'il fixerait une règle nouvelle entachée d'incompétence, et méconnaissant le sens et la portée des dispositions précitées de l'article 3, 1° du code des marchés publics, en introduisant une rupture d'égalité entre les sociétés d'économie mixte et les autres entreprises de droit privé et en soustrayant tous les marchés passés avec des sociétés d'économie mixtes aux règles de passation prévues par les directives communautaires, doivent être écartés » (CE, 28 avril 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (Unspic) et autres*, Inédit ; CE, 9 juillet 2003, *Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres*, Inédit).

ambiguïté : « la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »⁷⁹. Les sociétés d'économie mixte locales sont exclues du champ de la théorie des prestations intégrées nonobstant l'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales. Cette solution, mettant fin aux doutes quant à l'obligation de mettre en concurrence les relations contractuelles. Claire sur son principe, la position de la Cour nécessitait cependant des précisions pour évaluer sa portée avec précision.

407. La Cour de Justice de l'Union européenne a approfondi son analyse de la notion de prestation intégrée dans les décisions *Parking Brixen*⁸⁰, puis *Carbotermo*⁸¹. Elle a rappelé son attachement à l'exclusion des relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales dans son champ d'application. Afin de vérifier que le pouvoir adjudicateur exerce une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes »⁸² de la société, le juge de l'Union invite le juge national à prendre en compte divers éléments, tels que l'expansion des activités de la société hors du domaine de compétence de ses actionnaires publics⁸³ ou l'étendue de l'autonomie décisionnelle du conseil d'administration⁸⁴. La Cour ne cherche jamais à caractériser les éléments d'un contrôle, mais, au contraire, à faire ressortir ce qui, dans les relations avec le pouvoir adjudicateur, pourrait discréditer l'idée d'un tel contrôle. Elle adopte une position plus restrictive que l'approche proposée par certains avocats généraux, pour lesquels la mixité du capital social n'est pas un élément discriminant pour la reconnaissance d'une prestation intégrée⁸⁵. Pour d'autres, au contraire, « la simple présence d'un tiers, personne privée, ne serait-ce que sous la forme d'une participation minoritaire sans droit de veto, empêche en effet le pouvoir adjudicateur d'exercer un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services »⁸⁶.

408. L'analyse de la mixité du capital social a été systématisée par J. Kokott dans ses conclusions sur l'affaire *Auroux*, dans laquelle la Cour était interrogée pour la première fois sur l'applicabilité de la théorie des relations *in house* à une société d'économie mixte locale française. Selon elle, « on peut de même exclure immédiatement qu'il s'agit d'un marché *in-house* ou d'un marché quasi *in-house* au sens de la jurisprudence *Teckal*, du fait que la Société d'équipement de

79. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL*, C-26/03, point 49.

80. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, *op. cit.*, *Contrats Marchés publ.*, déc. 2005, comm. 306, note Eckert ; *Dr. Adm.*, n° 12, déc. 2005, comm. 167, note Ménéménis.

81. CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, *op. cit.*, *Contrats Marchés publ.*, n° 7, juil. 2006, comm. 203, note Eckert ; *JCP ACT*, juin 2006, comm. 1125, note Linditch.

82. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, *op. cit.*, point 65.

83. Il est permis de s'interroger sur la pertinence de ce critère quant à la reconnaissance d'un pouvoir de contrôle sur l'entité. Il s'agit plus certainement d'un élément attestant que la société n'effectue pas l'essentiel de ses activités au profit du seul pouvoir adjudicateur.

84. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, *op. cit.*, points 67-69.

85. C. Stix-Hackl relève que « la participation de sociétés privées [dans le capital du cocontractant] n'a donc en principe pas d'impact négatif [à la reconnaissance d'une relation *in house*] » (*in* - Conclusions sur CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle* - *op. cit.*, point 70). Sur l'applicabilité de la théorie des prestations intégrées dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, *cf. infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

86. KOKOTT (J) - Conclusions sur CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen* - point 53.

la Loire (SEDL) est une société d'économie mixte et que, dès lors, les collectivités territoriales participant à son capital social ne peuvent exercer à son égard un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services »⁸⁷. La Cour de Justice suit ce raisonnement et abandonne l'analyse spécifique des relations institutionnelles de la collectivité avec la société. Elle affirme, de façon générale et abstraite, que « le fait que la SEDL est une société d'économie mixte au capital de laquelle participent des fonds privés exclut que la Commune de Roanne puisse être considérée comme exerçant sur elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »⁸⁸. La mixité du capital d'une société suffit à ce que la Cour écarte la théorie des prestations intégrées, nonobstant la dépendance institutionnelle éventuelle de la société par rapport à ses actionnaires majoritaires qui transparaît, pourtant, de l'analyse de la gestion de la société réalisée par le juge financier et sur laquelle le juge de l'Union aurait pu s'appuyer⁸⁹.

409. L'interprétation stricte de la Cour de Justice de l'Union européenne, fondée sur une analyse purement organique du contrôle analogue, la conduisait à remettre en cause l'idée même de prestation intégrée. Suivant un raisonnement identique, le Conseil d'État avait également rejeté son application pour certains établissements publics⁹⁰. Face au risque que la notion de prestation intégrée ne soit réservée qu'à des situations « quasiment pathologiques »⁹¹, la Cour de

87. KOKOTT (J) - Conclusions sur CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne* - point 56. L'avocat général fait une distinction entre les marchés « *in house* au sens strict », dans lesquels un organisme de droit public attribue un marché à l'un de ses services non doté d'une personnalité juridique propre et les marchés « *quasi-in house* », correspondant à la définition des relations *in house* dégagée par la jurisprudence *Teckal* (in - Conclusions sur CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen* - point 2). Cette distinction n'a, semble-t-il, pas été reprise par le juge qui se contente de faire référence aux relations *in house* (cf. néanmoins FENOYL (É) de - Contrats « *in house* » : état des lieux après l'arrêt *Asemfo* - Note sous CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* - AJDA, 2007, p. 1759 et s.)

88. CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, point 64. La Cour était saisie d'une question préjudicielle par le Tribunal administratif de Lyon (TA Lyon, 7 avril 2005, *Auroux*, Inédit, Dr. Adm., 2005, comm. 116.). Reprenant la réponse communautaire, le tribunal a, laconiquement, considéré que « la Ville de Roanne ne saurait utilement se prévaloir de la circonstance que la SEDL est soumise pour la passation des marchés nécessaires à l'opération d'aménagement du pôle de loisirs urbains aux obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors que la ville de Roanne n'exerce pas sur la SEDL un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » (TA Lyon, 22 mars 2007, *Jean Auroux*, Req. 0205404, Inédit).

89. Plusieurs éléments, relevés par le juge financier, rappellent la domination institutionnelle exercée par les collectivités actionnaires sur la société. Les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent près de 70 % du capital. Mais la part des actionnaires véritablement privés ne dépasse pas 5 % et est composée exclusivement de banques. Le reste du groupe des actionnaires minoritaires n'est composé que d'organismes publics (la Caisse des dépôts et consignations et deux chambres de commerce et d'industrie). La présence de ces actionnaires, pour la plupart dormants, n'est pas de nature à remettre en cause l'influence des collectivités territoriales sur le fonctionnement de la société. Cf. CRC Rhône-Alpes, ROD 21 octobre 2004, *Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*.

90. CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, op. cit. La motivation du Conseil d'État est lapidaire, se contentant de préciser « qu'il ressort des pièces du dossier que l'UGAP est un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial sur lequel l'État n'exerce pas un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ». Le Conseil ne fait ainsi que reprendre les explications du commissaire du gouvernement selon lequel, « malgré la tutelle qu'il exerce sur l'UGAP, il n'est pas possible que l'État, ni *a fortiori* aucune collectivité locale, exerce sur l'ensemble des activités de l'UGAP un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres activités » (BERGEAL (C) - Conclusions sur CE, 27 juillet 2001, *CAMIF* - BJCP, 2001, n° 19, p. 497 et s., et en particulier le § 3.2).

91. ROLIN (F) - op. cit. - p. 900.

Justice de l'Union européenne a tempéré ses exigences en permettant à certains organismes dotés de la personnalité morale de bénéficier de l'exception des prestations intégrées. Assouplissant son approche organique, elle envisage désormais l'existence d'un contrôle analogue lorsqu'une société est détenue en intégralité par une ou plusieurs personnes publiques⁹². Plus précisément, « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, en principe, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »⁹³. La détention de la majorité du capital par un pouvoir adjudicateur ne suffit pas à caractériser le contrôle analogue. Par contre, la détention conjointe de l'intégralité du capital par plusieurs collectivités permet l'application de la théorie des prestations intégrées. Il existe donc une relation *in house* entre des collectivités territoriales et les structures de coopération intercommunale qu'elles ont créées, même si celles-ci sont dotées de la personnalité morale de droit privé⁹⁴. Le Conseil d'État a appliqué ce raisonnement à la création d'un groupement d'intérêt public⁹⁵, en le distinguant nettement de l'attribution d'un contrat audit groupement : dès lors que l'un des membres du groupement est une personne privée, la théorie des prestations intégrées ne peut être appliquée dans les relations contractuelles⁹⁶.

410. La recherche du seul critère du contrôle analogue suffit pour rejeter l'application de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, comme le rappelle régulièrement le juge financier⁹⁷. Lorsque le contrat est passé avec

92. CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)* - *op. cit.*, point 33, *Contrats Marchés publ.*, mai. 2006, comm. 131, note Zimmer ; CJCE, 11 mai 2006, *Carbatermo SpA*, *op. cit.* La tentation est alors importante, pour le législateur, de transformer les sociétés d'économie mixte locales en sociétés publiques locales afin de leur faire bénéficier de la théorie des relations *in house* (*cf.*, à titre illustratif, DEVÈS (C) - La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? - *JCP ACT*, sept. 2006, étude 1219). Sur la notion de société publique locale détenue en intégralité par les collectivités territoriales adjudicatrices, *cf. infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

93. CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* - *op. cit.*, point 57. *Cf.*, également, CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)*, point 34.

94. CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SPRL*, *op. cit.*

95. CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS)*, Req. 300481, *JCP ACT*, juin 2009, comm. 2145, conclusions Courrège et note Devès : le Conseil d'État reconnaît l'existence d'une relation *in house* entre des collectivités territoriales et un groupement d'intérêt public. En conséquence, la création de ce dernier échappe aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

96. CE, 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène environnement*, Req. 319109 et 319239, *JCP ACT*, janv. 2011, 2025 : pour le Conseil d'État, « la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la création du groupement d'intérêt public "I.P.L. Santé Environnement Durables Cœur de France" a été approuvée en méconnaissance des règles nationales et communautaires applicables aux marchés publics, lesquelles seront en revanche applicables aux marchés passés le cas échéant par le département de l'Allier avec ce groupement en vue de satisfaire à des besoins propres ».

97. À titre illustratif, CRC Rhône-Alpes, ROD, 25 janvier 2007, *Société d'économie mixte Maurienne Expansion* et CRC Languedoc-Roussillon, ROD, 17 octobre 2010, *Région Languedoc-Roussillon* (subventions versées à des sociétés d'économie mixte locales pour des activités promotionnelles) ; CRC Île-de-France, ROD, 1^{er} août 2008, *Société immobilière d'économie mixte de la Ville de Paris* (gestion de logements vacants) ; CRC, Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD, 5 février 2009, *Commune de Saint-Tropez* (gestion d'un office du tourisme) ; CRC Midi-Pyrénées, ROD, 19 juin 2009,

une société intégralement publique, ce rejet peut résulter de la seule constatation que l'ouverture du capital était prévisible à la date de l'opération⁹⁸. Ainsi, il n'y a pas de relation *in house* lorsque la société contractante, détenue intégralement par le pouvoir adjudicateur au jour de la conclusion du contrat, est devenue une société d'économie mixte peu de temps après son entrée en vigueur⁹⁹. Pour garantir l'effet utile des directives, les relations ne sont pas analysées seulement au jour de la conclusion des contrats, justifiant le contournement du principe de sécurité juridique¹⁰⁰. La connaissance d'une date prochaine d'ouverture du capital lors de la passation du contrat constitue « une circonstance particulière » conduisant à écarter la qualification de relation *in house*¹⁰¹. Il faut que la prise de participation privée soit certaine et organisée, et non pas seulement envisagée ou annoncée¹⁰². Par ce raisonnement, « la Cour ne sanctionne implicitement qu'une forme d'abus de droit »¹⁰³, consistant à créer une société d'économie mixte locale temporairement détenue en intégralité par des personnes publiques pour échapper aux obligations de mise en concurrence. La possibilité pour des personnes privées de participer au capital de la société ne suffit pas, en l'absence d'une participation effective de leur part au moment de la conclusion d'une convention¹⁰⁴. Par contre, le simple fait que l'ouverture du capital soit programmée suffit à ce que la structure ne soit pas contrôlée de façon analogue¹⁰⁵. Il n'est pas envisagé que l'ouverture du capital puisse être accompagnée du maintien de la position dirigeante des actionnaires publics, la Cour maintenant sa position antérieure sur les sociétés d'économie mixte locales.

411. Le critère du contrôle analogue est interprété strictement dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie

Commune de Saint-Orens-de-Gameville (gestion d'un centre culturel) ; CRC Midi-Pyrénées, ROD 8 janvier 2010, *Commune de Carmaux* (délégation du service public de l'électricité) ; CRC Centre, ROD, 1^{er} octobre 2010, *Société d'économie mixte du Pays de Vierzon* (concession d'aménagement), CRC Alsace, ROD, 9 juin 2010, *Commune de Bischheim* (entretien d'une propriété appartenant à la commune actionnaire et utilisée dans le cadre de ses activités sociales).

98. CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, Rec. CJCE I-9705, conclusions Geelhoed ; CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)*, *op. cit.*

99. Aussi, « l'attribution de ce marché doit être examinée en tenant compte de l'ensemble de ces phases ainsi que de leur finalité et non pas en fonction du déroulement strictement chronologique de celles-ci » (CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, *op. cit.*, point 41).

100. Selon la Cour, « même s'il est vrai que pour des raisons de sécurité juridique il convient en général d'examiner l'éventuelle obligation pour le pouvoir adjudicateur de procéder à un appel d'offres public au vu des conditions prévalant à la date de l'attribution du marché public en cause, les circonstances particulières de la présente affaire requièrent la prise en considération des événements survenus ultérieurement » (CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, C-371/05, conclusions Maduro ; *AJDA*, 2008, p. 2337 et s., note Broussy, Donnat et Lambert ; - *RJEP*, 2008, comm. 51, note Donnat, point 38).

101. CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, *op. cit.*, point 38 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, *op. cit.*, point 30.

102. En l'espèce, l'ouverture du capital avait été envisagée par ses actionnaires publics dès la constitution de la société, sans plus de précisions. La Cour rapporte que la Commission n'apportait pas la preuve de l'existence de circonstances particulières, la date d'ouverture du capital étant certaine, mais non définie (CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, *op. cit.*, point 30).

103. BROUSSY (E), DONNAT (F), LAMBERT (C) - Marchés *in house* : revirement de jurisprudence ou arrêt isolé ? - Note sous CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie* - *AJDA*, 2008, p. 2338.

104. CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, *op. cit.*, point 29.

105. *Idem*.

mixte locales et ne permet pas de caractériser l'existence d'une prestation intégrée. Dans l'hypothèse – improbable – où il serait néanmoins rempli, la jurisprudence rappelle systématiquement que le second critère de l'exercice de l'essentiel des activités au bénéfice du pouvoir adjudicateur reste d'approche délicate dans les relations contractuelles.

II. L'APPRÉCIATION DÉLICATE DU CRITÈRE DE L'ACTIVITÉ DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES

412. La reconnaissance d'un contrôle analogue est insuffisante pour caractériser une relation *in house*, car « une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs »¹⁰⁶. L'idée de la relation *in house* postule que le candidat à l'obtention d'un contrat soit assimilable à un organe du pouvoir adjudicateur – malgré sa personnalité morale – et non à un acteur sur un marché concurrentiel. Dès lors qu'il est constitué sous forme de société commerciale, le juge doit s'assurer que le cocontractant est réellement une structure dédiée à la satisfaction de besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur et pas simplement une technique de contournement des règles de la concurrence. Pour cela il vérifie que l'organisme « réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »¹⁰⁷.

413. La Cour de Justice abandonne son approche strictement organique dans son appréhension de la condition de l'essentiel de l'activité. Analysant pragmatiquement chaque cas dont elle est saisie, elle reconnaît qu'une société commerciale peut être considérée comme un organisme dédié même si elle poursuit une logique propre et différente de celle de ses actionnaires publics. Contrairement à la notion de contrôle analogue, l'économie mixte locale n'est donc pas incompatible avec le critère de l'exercice de l'essentiel de l'activité. L'adoption de cette position n'était cependant pas évidente car elle heurtait tant le silence de la Cour de Justice de l'Union européenne que les fondements de sa jurisprudence relative au critère du contrôle analogue.

414. Le juge aurait pu adopter une position restrictive, calquée sur son analyse du critère du contrôle analogue. Invité par son avocat général à faire œuvre de pragmatisme¹⁰⁸, il ne fixe pas de critère définitif et renvoie l'appréciation du caractère dédié de l'activité au cas d'espèce. La forme commerciale ou la mixité du capital ne sont pas des obstacles au constat que l'entité exerce l'essentiel de son activité au profit du pouvoir adjudicateur. Au contraire, « il convient de tenir compte de toutes les activités que cette entreprise réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de savoir qui rému-

106. CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, *op. cit.*, point 61.

107. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.*, point 50.

108. Pour C. Stix-Hackl, « la question centrale est donc de savoir à partir de quelle participation le seuil du deuxième critère de l'affaire Teckal est atteint. Les opinions à ce sujet sont multiples. Elles vont de plus de 50 % à "exclusivement", en passant par "dans une proportion notable", "essentiellement" et "presque exclusivement" » (*in* - Conclusions sur CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, *op. cit.*, point 80). L'avocat général préconise une approche pragmatique, fondée sur des considérations quantitatives, mais également qualitatives (points 97-115).

nère cette activité »¹⁰⁹. Le juge a suivi les conclusions de C. Stix-Hackl sur l'analyse du critère de l'activité dédiée, alors qu'il avait refusé une approche identique du critère du contrôle analogue, pourtant présentée par le même avocat général dans l'affaire *Stadt Halle*¹¹⁰. Il aurait été simple pour cette dernière de s'en tenir à une analyse purement organique des relations contractuelles et de considérer que, par essence, les sociétés commerciales n'ont pas vocation à satisfaire principalement les intérêts de leurs actionnaires publics. La constitution d'une société implique un degré d'autonomie de la structure incompatible avec l'idée d'activité exercée essentiellement pour le compte des actionnaires. L'approche de la Cour consistant à renvoyer la satisfaction du critère de l'activité à une analyse spécifique de la relation est pourtant judicieuse. L'exercice d'activités à titre principal pour le compte des actionnaires ne saurait – par principe – être inhérent à la nature commerciale de la structure. Il arrive cependant que, dans les faits, ce soit le cas, la société apparaissant comme une émanation directe de ses actionnaires.

415. Il subsiste une différence d'approche entre les deux critères de reconnaissance des relations *in house*. Celle-ci résulte de l'antagonisme entre la volonté d'assurer l'effectivité du droit de l'Union en limitant les exceptions à l'application du principe de transparence dans les relations contractuelles, et la nécessité de préserver les modalités d'organisation interne des pouvoirs adjudicateurs du champ d'application du droit de la commande publique. Pourtant, cet antagonisme tend à s'estomper dans « un même effort de clarification "finaliste" »¹¹¹ de la notion de relation *in house*. Il n'en demeure pas moins que le juge reste fortement opposé à la qualification des relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales de prestation intégrée. Il a marqué son opposition à l'extension de cette théorie en généralisant son exclusion à l'ensemble des relations contractuelles et pas simplement à la conclusion des contrats soumis aux directives « marchés ».

§ 2. L'EXCLUSION DE LA THÉORIE

DES PRESTATIONS INTÉGRÉES ÉTENDUE

A L'ENSEMBLE DES RELATIONS CONTRACTUELLES

416. La Cour de Justice de l'Union européenne a développé la théorie des prestations intégrées alors qu'elle était saisie d'une question préjudicielle en

109. CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, *op. cit.*, point 73 3). Ainsi, la Cour a rejeté le critère de l'essentiel de l'activité dans les relations entre l'État espagnol et l'entreprise *Correos* dans le domaine de la distribution du courrier. La Cour relève que « *Correos*, en tant que prestataire du service postal universel en Espagne, ne réalise pas l'essentiel de son activité avec le Ministerio ni avec l'administration publique en général, mais que cette société rend des services postaux à un nombre indéterminé de clients dudit service postal » (CJCE, 18 décembre 2007, *Asociacion profesional de empresas de reparto y manipulado de correspondencia c/ Administration general del Estado*, C-220/06, conclusions Bos, point 59). Le Conseil d'État procède à une analyse identique du critère de l'activité, et a, par exemple, refusé de reconnaître une relation *in house* entre l'État et l'*UGAP*, dès lors « qu'aucun des clients de l'*UGAP*, et notamment pas l'État, ne représente à lui seul une part essentielle de l'activité de l'*UGAP* » (CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, *op. cit.*)

110. STIX-HACKL (C) - Conclusions sur CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL* - *op. cit.*, points 79-95.

111. COURRÈGE (A) - La constitution d'un GIP est-elle soumise au code des marchés publics ? - Conclusions sur CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS)* - *JCP ACT*, juin 2009, commentaire 2145, *BJCP*, 2009, n° 64, p. 240.

interprétation des dispositions des directives « marchés »¹¹². Interrogée sur la portée de ces dispositions lorsqu'un contrat est conclu entre deux pouvoirs adjudicateurs¹¹³, elle considère que les obligations de mise en concurrence doivent être écartées dans tous les marchés traduisant l'existence d'une prestation intégrée. Elle a par la suite confirmé son utilisation pour l'ensemble des relations contractuelles, notamment pour les concessions d'aménagement, assimilées à des marchés publics au sens du droit de l'Union¹¹⁴.

417. L'exception du *in house* a été progressivement étendue aux concessions de service par la décision du 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*¹¹⁵, à propos d'une délégation de service public conclue entre une collectivité et une société d'économie mixte locale. Après avoir rappelé qu'une telle hypothèse ne relève pas du champ des directives « marchés », la Cour assujettie néanmoins la passation d'un tel contrat au respect des obligations minimales de transparence issues du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, sauf si le service relève d'une gestion interne au pouvoir adjudicateur¹¹⁶. Elle opère un glissement, reconnaissant la possibilité d'avoir des relations *in house* en dehors du champ d'application des directives « marchés », sur le fondement du droit primaire. La notion de prestation intégrée est autonome, détachée de toute référence à une typologie d'activité¹¹⁷ et rattachée aux principes fondamentaux reconnus par traités.

418. L'extension de la jurisprudence *Teckal* aux délégations de service public n'a eu que peu d'incidences pratiques pour les sociétés d'économie mixte locales, celles-ci étant déjà exclues de tout mécanisme d'attribution préférentiel du contrat. La soumission de la passation de ces contrats à des procédures de publicité et de mise en concurrence a été rendue obligatoire par la loi 29 janvier 1993¹¹⁸. En outre, la question de la mise en place éventuelle d'exceptions dans les relations contractuelles a été résolue, dès 1993, au détriment des sociétés. Saisi de

112. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.* Il s'agissait de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO, L. 209, p. 1), devenue la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services (JOUE, L 134, 30 avril 2004).

113. Sur la qualification des sociétés d'économie mixte locales de pouvoirs adjudicateurs, *cf. infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

114. CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, C-220/05, conclusions Kokott, points 58-68.

115. CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname)* *op. cit.*

116. Et en particulier les articles 49 (ancien article 43 du Traité instituant la Communauté européenne) et 56 (ancien article 49) du Traité, qui interdisent les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de l'Union européenne. Le juge fait application de la solution dégagée à l'occasion de l'affaire *Telaustria* (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH Telefonadress*, *op. cit.*).

117. L'extension de la jurisprudence *Teckal* aux concessions de service a été confirmée par les décisions *Parking Brixen* (CJCE, 13 octobre 2005, *op. cit.*) et *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)* (CJCE, 6 avril 2006, *op. cit.*) La décision du 13 octobre 2005 est particulièrement explicite sur ce point, la Cour affirmant que « dans le domaine des concessions de services publics, l'application des règles énoncées aux articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes généraux dont elles constituent l'expression spécifique est exclue si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient » (CJCE, 13 octobre 2005, *op. cit.*, point 62).

118. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *op. cit.*

ce que le législateur avait délibérément exclu les sociétés d'économie mixte locales de toute procédure de mise en concurrence pour l'obtention de contrats avec leurs actionnaires publics, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions litigieuses pour violation du principe d'égalité¹¹⁹. À la lumière de l'évolution constatée en droit de l'Union, le Conseil constitutionnel fait ainsi figure de précurseur dans la banalisation des relations contractuelles. Même si les solutions se rejoignent, les raisonnements des juges diffèrent toutefois : alors que le juge interne s'appuie sur le principe d'égalité pour conclure à l'absence de spécificité des sociétés, le juge de l'Union raisonne en terme d'autonomie générée par la mixité du capital social. Dans les deux analyses le statut de société commerciale prime la nature des relations avec les collectivités territoriales.

419. Dégagée du seul droit des marchés publics, la théorie des relations *in house* a acquis une dimension générale en droit de l'Union. Elle n'est plus fondée sur les seules directives « marchés » et puise sa source dans les dispositions mêmes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Seuls les actes relatifs à l'organisation interne des services des pouvoirs adjudicateurs peuvent échapper aux règles minimales de transparence. Dans cette perspective, l'analyse des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales revêt une importance particulière, puisque l'éviction des principes de transparence dans les relations contractuelles ne dépend pas de la nature de l'activité, mais des rapports institutionnels existant entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales qu'elles créent. *A priori* favorable à la reconnaissance de relations *in house* entre les collectivités territoriales et des organismes dédiés, la théorie des prestations intégrées a cependant été systématiquement refusée au bénéfice des sociétés d'économie mixte locales. La banalisation des relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, générée par l'extension des principes de transparence autant que par le refus des exceptions à leur mise en concurrence, a progressivement rendu obsolète leur encadrement.

420. Libres d'établir ou de ne pas établir des relations contractuelles avec les collectivités territoriales, les sociétés d'économie mixte locales sont également libres d'en déterminer le contenu. Cette liberté contractuelle « pleine et entière »¹²⁰ justifie l'abandon de l'encadrement des relations contractuelles entamé par la loi du 2 janvier 2002. Elle légitime surtout l'extension des obligations de mise en concurrence pour la passation de certains de leurs contrats. Les sociétés sont à la fois très proches de leurs actionnaires majoritaires et pourtant trop indépendantes de ceux-ci pour que leurs relations contractuelles échappent aux principes de transparence. L'approche personnaliste a paradoxalement engendré un certain désintérêt pour l'économie mixte locale. Les collectivités, étant contraintes de mettre en concurrence les sociétés dont elles sont actionnaires, se détournent parfois de ce mode d'intervention. Pour préserver l'attrait de la formule, le législateur et les instances de l'Union européenne cherchent à faire évoluer les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Conservant une approche personnaliste, ils cherchent cependant à tempérer les effets de la transparence en proposant des contournements à l'obligation de mettre en concurrence les relations contractuelles.

119. CC, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *op. cit.*

120. SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 934.

Chapitre 2

LES CONTOURNEMENTS DE LA MISE EN CONCURRENCE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

421. La création d'une société d'économie mixte locale ne traduit pas simplement la volonté de certaines personnes publiques de devenir actionnaires de sociétés commerciales. Elle s'inscrit davantage dans une politique de gestion des services publics locaux¹ et plus largement des affaires locales. La société présente d'indéniables avantages pour l'action économique des collectivités territoriales. Elle est caractérisée par la souplesse de son utilisation, répondant aux inconvénients du recours à des personnes morales de droit public tels que les établissements publics locaux². Les rigidités du statut des établissements publics industriels et commerciaux conduisent d'ailleurs de plus en plus les autorités nationales à transformer ceux-ci en sociétés commerciales³. Cette tendance est moins marquée au niveau local⁴, mais il n'en demeure pas moins que la société d'économie mixte locale se distingue par la souplesse de son statut⁵. Son organisation est cependant suffisamment encadrée pour que son utilisation ne présente pas les mêmes risques, en particulier financiers, que celle d'une association para-administrative⁶. L'intérêt de l'économie mixte locale est toutefois limité par

1. Sur la notion de service public local, cf. GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) (Coll.) - *Droit du service public* - Paris, Montchrestien, 2007, 2^e éd., n° 486-646 ; RICHER (L) (dir.) - *Droit des services publics locaux* - Paris, Éd. le Moniteur, 2001, 2 Tomes ; QUIOT (G) - La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques - *La République et la cité : mélanges Hubert Charles*, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2001, p. 305 et s.

2. Sur les rigidités de l'établissement public, cf., notamment, DRAGO (R) - *Les crises de la notion d'établissement public* - Paris, LGDJ, 1950, 286 p. ; BÉROUJON (F) - Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics - *RFDA*, 2008, p. 26 et s. ; FATÔME (É) - Les établissements publics industriels et commerciaux et la tentation de l'abandon - *JCP ACT*, juil. 2009, étude 2202.

3. Sur les rigidités de l'établissement public comme instrument de l'action économique publique, cf. NICINSKI (S) - La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés - *RFDA*, 2008, p. 35 et s.

4. TERNEYRE (P) - Les établissements publics industriels et commerciaux et l'espoir d'un renouveau : les EPIC locaux - *JCP ACT*, juil. 2009, étude 2203.

5. DURAND (G) - Établissement public local ou SEML ? Bref essai de comparaison juridique - *JCP E*, 1994, suppl. CDE n° 3, p. 27 et s. ; DURAND (G) - La SEML, l'établissement public et la société publique locale d'aménagement - in Les SEM en mutation, *CP-ACCP*, oct. 2006, p. 31 et s.

6. DREYFUS (J-D), GROUD (S), PUGEAULT (S) (dir.) - *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses* - Paris, L'Harmattan, 2009, 180 p. ; et en particulier la contribution de J.-D. Dreyfus, *Le regard des chambres régionales des comptes sur les associations (op. cit.,*

l'extension des règles de la commande publique dans les relations contractuelles. Contrairement à certains « satellites locaux », les sociétés doivent être mises en concurrence dans leurs relations contractuelles avec leurs actionnaires publics. Le rejet de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales est d'autant plus insatisfaisant que le législateur en a reconnu l'applicabilité au profit des établissements publics et des sociétés publiques locales⁷ et que le juge (administratif ou financier) n'hésite pas à qualifier comme telles les relations entretenues avec une régie autonome⁸, une régie municipale,⁹ certains groupements d'intérêt public¹⁰, un office public d'aménagement et de construction¹¹ ou, parfois, une association para-administrative¹².

422. Le schéma traditionnel issu de la loi du 2 janvier 2002¹³ est amendé pour tenir compte du rejet de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles et des désavantages réels ou supposés de l'économie mixte locale. Le législateur français et la Commission européenne proposent des aménagements aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés. Les textes élaborés cherchent à prendre en compte la jurisprudence sur les prestations intégrées pour transformer les sociétés d'économie mixte locales en organismes dédiés au sens de l'Union. Partant de la définition de la relation *in house* issue de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, ils en tirent des conséquences différentes, mais toujours fondées sur une conception organique de l'économie mixte locale. Le législateur français s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence européenne en adaptant le régime de l'économie mixte locale pour faire bénéficier les sociétés de la théorie des prestations intégrées. Dépassant le schéma classique de l'économie mixte locale, la loi du 28 mai 2010 autorise désormais les collectivités à constituer des sociétés dont elles détiennent l'intégralité du capital et qui ne peuvent intervenir que sur leur territoire¹⁴. Elle

p. 51 et s.). Pour une comparaison générale entre société d'économie mixte locale et association, cf. DEPORCQ (D) - Sociétés d'économie mixte et associations : entre souplesse et contention - *RFFP*, 1993, p. 63 et s.

7. Article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales.

8. CRC Languedoc-Roussillon, Avis, 30 juillet 2010, *Régie autonome d'exploitation touristique de Puyvalador-Rieutort* (régie autonome d'exploitation d'une station de sports d'hiver).

9. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD, 20 mars 2009, *Régie municipale pour le stationnement de Saint-Raphaël*.

10. CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS)*, Req. 300481, *JCP ACT*, juin 2009, comm. 2145, conclusions Courrège et note Devès. Au contraire, dès lors que l'un des membres du groupement à la personne privée, la théorie des prestations intégrées ne s'applique plus dans les relations contractuelles (cf. CE, 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène environnement*, Req. 319109 et 319239, *JCP ACT*, janv. 2011, 2025).

11. CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris*, Req. 07PA02380, *LPA*, 19 octobre 2009, p. 17 et s., note Ziani. Se fondant explicitement sur cette décision, le juge financier a qualifié d'*in house* la gestion du parc de logement social de la Ville de Paris par l'OPAC, au moyen d'un bail emphytéotique (CRC, Île-de-France, ROD, 19 juillet 2010, *Ville de Paris, Conseil général de Paris*).

12. CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, Rec. 155, *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2128, note Pontier.

13. Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, modifiée par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121.

14. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès, *AJDA*, 2010, p. 1759 et s., note Nicinski, *RLCT*, 2010, n° 60, Dossier spécial, *JCP ACT*, nov. 2010, étude 2348, note Karpenschif, *Gaz. Pal.*, 2 octobre 2010, p. 19, note Linotte. Voir également les actes du colloque organisé par

tend ainsi à la création de structures de droit privé sur lesquelles elles exercent un contrôle analogue à celui qu'elles ont sur leurs propres services et qui agissent à titre principal à leur bénéfice, selon les critères dégagés par la jurisprudence *Teckal*¹⁵. La Commission adopte une démarche différente de celle du législateur français et ne revient pas sur le principe de la mixité du capital ni sur l'obligation de mise en concurrence. Celle-ci est déplacée des relations contractuelles aux relations institutionnelles : la transparence est exercée, lors de la création de la société, par la mise en concurrence des partenaires privés des collectivités territoriales¹⁶. Confirmée par la Cour de Justice de l'Union européenne¹⁷, la conception européenne se fonde sur l'idée d'un partenariat public-privé dépassant la seule dimension contractuelle¹⁸, pour être institutionnalisé dans une structure *ad hoc*¹⁹.

423. Même si elles divergent quant aux solutions adoptées, les évolutions de l'économie mixte locale proposées convergent quant à leurs objectifs et traduisent la volonté d'adapter les sociétés à l'encadrement européen pour en faire de véritables prestataires intégrés des collectivités. Le dépassement du schéma classique de l'économie mixte locale est une réponse circonstancielle au problème du rejet de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles. Refusant d'abandonner l'approche organique de l'économie mixte locale, le législateur et la Commission cherchent à en atténuer les conséquences. Cela les conduit à dépasser la conception traditionnelle de l'économie mixte locale en rejetant le principe de la mixité du capital social ou, au contraire, à revenir à une vision davantage contractuelle de la société. Les sociétés d'économie mixte locales, en tant que sociétés commerciales, n'intéressent pas les collectivités territoriales. Leur appartenance au secteur public local est privilégiée car il demeure le vecteur d'une action souple dans le domaine économique, en dehors des contraintes du droit administratif. Les contournements des obligations de transparence peuvent être réalisés par la suppression des obligations de mise en concurrence et la création de sociétés publiques locales (Section I), ou par le déplacement de ces obligations et la création de partenariats public-privé institutionnalisés (Section 2).

l'Association des étudiants du Master 2 Juriste-Conseil des Collectivités territoriales en avril 2011 et portant sur « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux » (RDP, 2011, p. 717 et s.).

15. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, conclusions Cosmas, *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43 et s.

16. Commission des Communautés européennes, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2004/0327 final, *BJCP*, 2004, n° 37, p. 419 et s., commentaire Teissier ; Commission des Communautés européennes, 15 novembre 2005, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2005/0569 final, *Contrats Marchés publ.*, janv. 2006, repère 1, comm. Llorens et Soler-Couteaux.

17. CJCE 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, conclusions Ruiz-Jarabo Colomer.

18. Sur la notion de partenariat public-privé, cf. BEZANÇON (X) - *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements collectifs* - Paris, Presses de l'École nationale des ponts et chaussées, 2004, 284 p. ; MULLER (É) - *Les instruments juridiques des partenariats public-privé* - Thèse, Université Strasbourg, 2009, 679 p. ; SEDJARI (A) (dir.) - *Partenariat public-privé et gouvernance future* - Paris, L'Harmattan, 2005, 525 p. ; GAUDEMET (Y) - *Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général* - *D.*, 2007, p. 3084 et s.

19. AUBY (J-B) - *Partenariats public-privé institutionnalisés* - *Dr. Adm.*, fév. 2010, repère 2.

SECTION 1

LA SUPPRESSION DES OBLIGATIONS DE MISE EN CONCURRENCE PAR LA CRÉATION DE SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

424. La détention de l'intégralité du capital social de sociétés commerciales par des collectivités territoriales est issue d'une modification introduite à titre expérimental par la loi du 13 juillet 2006²⁰. Le législateur a souhaité pérenniser l'existence de ces sociétés et en élargir le champ avant l'arrivée du terme de l'expérimentation. Depuis la loi du 28 mai 2010, les collectivités territoriales peuvent créer des sociétés publiques locales dont l'objet social se rapproche de celui des sociétés d'économie mixte locales²¹. La détention publique de l'intégralité du capital des sociétés publiques locales vise expressément (et presque exclusivement) à mettre à la disposition des collectivités des satellites avec lesquels elles peuvent entretenir des relations *in house*²². Il ne s'agit plus ici de faire collaborer le secteur public et le secteur privé dans une structure commune, mais de permettre aux collectivités de prendre en charge l'exercice d'activités d'intérêt général par le biais de personnes morales de droit privé qu'elles contrôlent seules²³. Le législateur abandonne l'idée du partenariat public-privé, au profit de celle de personnification d'un service de la personne publique, rapprochant ainsi les sociétés de la formule de l'établissement public. Il reste cependant attaché à la personnalité morale de droit privé et à ses conséquences quant à la souplesse de gestion des activités d'intérêt général. Le régime de ces sociétés est très proche de celui des sociétés d'économie mixte locales, le législateur ayant souhaité assimiler le plus possible les sociétés d'économie mixte locales et les sociétés publiques locales. Seule la détention de l'intégralité du capital permet *a priori* de les distinguer. Les sociétés publiques locales sont des sociétés à capitaux intégralement publics (§ 1), prestataires potentiellement intégrés aux collectivités territoriales (§ 2).

§ 1. LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES, SOCIÉTÉS À CAPITAUX INTÉGRALEMENT PUBLICS

425. La Cour de Justice de l'Union européenne, après avoir rejeté la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles des collectivités territoriales

20. Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (ENL), *JORF*, 16 juillet 2006, p. 10662, *JCP ACT*, sept. 2006, étude 1219, note Devès, *AJDA*, 2010, 1759 et s., note Nicinski, *RLCT*, 2010, n° 60, Dossier spécial. Avant l'adoption de la loi, seul un décret en Conseil d'État pouvait permettre la création d'une société intégralement publique par des collectivités territoriales (*cf. supra.*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

21. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *op. cit.*

22. Pour les auteurs de la proposition de loi déposée au Sénat et qui a abouti à la loi du 28 mai 2010, « il convient donc de faire en sorte que les élus locaux puissent avoir à leur disposition, dans tous les domaines de compétence actuellement ouverts aux SEM, l'outil leur permettant d'appliquer pleinement le droit communautaire ainsi que le principe de libre administration des collectivités territoriales » (RAOUL (D) *et al.* - *op. cit.*, p. 4). Les auteurs de la proposition de loi déposée à l'Assemblée défendaient le même principe (*cf.* BALLIGAND (J-P) *et al.* - *op. cit.*, p. 5-6).

23. M. Passi, Président de la Fédération des entreprises publiques locales, définit les sociétés publiques locales comme des sociétés « ancrées dans les territoires, sous le contrôle étroit des élus locaux, seuls maîtres à bord » (*in* - L'heure des sociétés publiques locales a sonné - *RLCT*, 2010, n° 60, p. 14).

avec les sociétés d'économie mixte locales²⁴, a néanmoins considéré qu'une telle relation peut être théoriquement constatée lorsque le pouvoir adjudicateur est l'actionnaire unique d'une société créée pour la satisfaction de ses besoins propres²⁵. L'assimilation d'une société espagnole, détenue en intégralité par des personnes publiques, à un prestataire intégré à ces dernières dans l'affaire *Asemfo*²⁶ a, par la suite, confirmé l'attrait de la formule. Le législateur s'est directement inspiré de cette jurisprudence pour la mise en place des sociétés publiques locales d'aménagement. Après avoir expérimenté la formule dans le secteur de l'aménagement (I), le législateur a pérennisé le recours aux sociétés publiques locales (II).

I. L'EXPÉRIMENTATION DE LA SOCIÉTÉ PUBLIQUE LOCALE DANS LE SECTEUR DE L'AMÉNAGEMENT

426. L'évolution amorcée par la loi du 13 juillet 2006 traduit une évolution de la conception de l'action économique des personnes publiques dans le secteur économique local²⁷. Elle met fin au débat récurrent sur la reconnaissance éventuelle de la détention intégrale du capital²⁸ et clôt une évolution progressive amorcée depuis les décrets-lois de 1926, la participation publique ayant été accrue progressivement par chaque réforme de l'économie mixte locale²⁹. Cette réforme était également souhaitée pour mettre fin à la différence de situation entre les sociétés d'économie mixte locales et les entreprises publiques locales des autres États européens³⁰. En matière de participation des collectivités au capital social, la France était le seul État à imposer un plafond de participation, marquant son attachement à l'idée d'économie mixte. Les autres législations ne prévoyaient pas de seuils, sauf quelques rares exceptions³¹. La plupart des sociétés sont intégralement détenues par des personnes publiques³². La réforme de l'économie mixte

24. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL*, C-26/03, Rec. CJCE I-8121, *BJCP*, 2005, n° 40, p. 180 et s., conclusions Stix-Hackl.

25. CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)* - *op. cit.* ; CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA* - *op. cit.*

26. CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, *op. cit.*

27. Loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (ENL), *op. cit.*

28. *Cf.*, à titre illustratif, DELVOLLE (P) - Le nouveau statut des sociétés d'économie mixte locales - *Droit et villes*, 1983, n° 16, p. 134 ; SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 924-925.

29. Dans les premières sociétés d'économie mixte locales créées à la suite des décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926, la participation publique était limitée à 40 % du capital social. Elle a progressivement été accrue à 65 % par le décret du 20 mai 1955, puis à 80 % par la loi du 7 juillet 1983. La loi du 2 janvier 2002 a fixé le plafond de la participation publique à 85 % du capital social, bien que le législateur ait été tenté d'autoriser la création de sociétés détenues à 90 % par leurs actionnaires publics (*cf. supra.*, Introduction et Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

30. CHÉROT (J-Y) - *Droit public économique* - Paris, Economica, 2^e éd., 2007, n° 681. Les références et statistiques présentées sont le résultat d'une étude comparative sur les sociétés d'économie mixte locales, réalisée sous l'égide de la Fédération des entreprises publiques locales (VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne* - Paris, Dexia, 2004, p. 144-147).

31. Au Danemark une collectivité ne peut détenir seule plus de 49 % du capital, sauf pour certaines sociétés dans lesquelles elle est actionnaire unique ; en Hongrie la participation est libre à l'exception des hôpitaux dans lesquels les actionnaires publics peuvent détenir jusqu'à 51 % du capital social (VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Idem*).

32. Il en est ainsi en Allemagne (plus de 80 % des entreprises publiques locales sont détenues en intégralité par les collectivités), Autriche, Belgique, Espagne (plus de 95 % des sociétés sont des entreprises publiques locales), Estonie, Finlande, Grèce, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, République Tchèque, et Suède (VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Idem*).

locale de 2002 a été l'occasion de discuter du bien-fondé de l'alignement de la législation française sur ses celles communément adoptées en Europe. Introduite par voie d'amendement, l'autorisation de la détention de l'intégralité du capital a cependant été rejetée en cours de lecture³³, le rapporteur Girod ayant rappelé que permettre la détention de l'intégralité du capital des sociétés d'économie mixte locales par leurs actionnaires publics « introduirait une véritable rupture avec les principes retenus en 1983 de mixité du capital social des sociétés »³⁴. Pour les parlementaires, une telle modification du paradigme de l'économie mixte locale devait faire l'objet d'un débat spécifique. La possibilité offerte aux collectivités territoriales de créer des sociétés publiques locales d'aménagement en 2006 rompt avec cette approche.

427. La volonté de transformer les sociétés d'économie mixte locales en véritables prestataires intégrés au sens de la jurisprudence de l'Union a conduit le législateur à introduire, par voie d'amendement, une disposition nouvelle au sein du code de l'urbanisme permettant aux collectivités territoriales de créer des sociétés publiques locales d'aménagement. Cette évolution se détache doublement de la pratique antérieure : par l'adoption d'un amendement au cours des débats sur un projet de loi n'ayant pas trait à la notion d'économie mixte locale d'une part³⁵ ; par la codification de la réglementation sur les sociétés publiques locales d'aménagement dans le code de l'urbanisme et non dans le code général des collectivités territoriales d'autre part, nuisant à la clarté du dispositif adopté³⁶. Elle traduit la précipitation avec laquelle le législateur a tenté de contourner les jurisprudences interne et européenne.

428. La création des sociétés publiques locales s'inscrit dans le contexte particulier de la réforme du droit de l'aménagement public et des contrats

33. Adopté par la Commission des Lois lors de la première lecture du texte (DARNE (J) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3137, p. 24-25), l'amendement a cependant été rejeté lors des débats devant l'Assemblée nationale (GIROD (P) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 6, p. 9).

34. GIROD (P) - *op. cit.* - p. 17.

35. La création des sociétés publiques locales d'aménagement a été introduite par un amendement proposé par le président de la Commission des lois et adopté lors de la première lecture du texte par l'Assemblée nationale et le Sénat (BRAYE (D) - *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi portant engagement national pour le logement* - Paris, Sénat, seconde session ordinaire de 2005-2005, n° 270, p. 43-46 ; HAMEL (G) - *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi portant engagement national pour le logement* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2005-2006, n° 3089, p. 47-48). Sur l'analyse des débats parlementaires, cf. DEVÈS (C) - La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? - *op. cit.*

36. La loi du 13 juillet 2006 a inséré un Chapitre VII consacré aux sociétés publiques locales d'aménagement, au sein du Titre II (Organismes d'exécution) du Livre III (Aménagement foncier) de la partie législative du code de l'urbanisme. L'article unique (L. 327-1) de ce chapitre prévoit que « les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, à titre expérimental, pour une durée de cinq ans, prendre des participations dans des sociétés publiques locales d'aménagement dont ils détiennent la totalité du capital ». Reprenant la logique du code général des collectivités territoriales, le code place ces sociétés sous la réglementation du code de commerce, sous réserve des dispositions dérogatoires des articles L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

d'aménagement³⁷. Le choix de mener l'expérimentation dans ce domaine illustre la volonté de préserver le « vieux couple » formé par l'économie mixte locale et l'aménagement³⁸. Ces opérations nécessitent une implication publique importante et étaient traditionnellement réalisées par voie de conventions conclues exclusivement avec des établissements publics ou des sociétés d'économie mixte locales³⁹. Celles-ci conféraient des pouvoirs renforcés à leurs titulaires (notamment d'expropriation et de préemption) et leur permettaient d'obtenir des financements publics. La suppression de la spécificité des conventions par la loi du 20 juillet 2005⁴⁰ et l'ouverture des concessions d'aménagement « à toute personne y ayant vocation »⁴¹ ont été perçues comme une menace pour la pérennité des sociétés spécialisées dans ce domaine⁴². Pour limiter les conséquences de la banalisation des contrats d'aménagement, le législateur a renforcé la spécificité des sociétés d'aménagement⁴³. Approfondissant la domination publique sur celles-ci, la loi du 13 juillet 2006 les a transformées en organismes dédiés à l'aménagement, cherchant à faciliter leur recours en qualité de prestataire intégré.

429. La loi du 20 juillet 2005 avait posé les jalons de la création des sociétés publiques locales d'aménagement en prévoyant que les obligations de mise en concurrence « 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 »⁴⁴. La loi du 13 juillet 2006 complète ce dispositif, en permettant aux collectivités territoriales et à leurs groupements de « prendre des participations dans des sociétés [...] dont ils détiennent la totalité du capital » et qui sont « compétentes pour réaliser, pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont les membres, toute opération d'aménagement »⁴⁵. En assurant les collectivités

37. Sur la réforme des contrats d'aménagement, *cf.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

38. DEVÈS (C) - SEM et aménagement du territoire : les beaux jours d'un vieux couple - *RFC*, 1995, n° 264, p. 27 et s.

39. *Cf.* RICHER (L) - *op. cit.* - n° 1310-1313 ; BIZET (J-F) - Pour une défense de la concession d'aménagement - *BJCP*, 2008, p. 74 et s. ; DEVÈS (C) - La loi relative aux concessions d'aménagement ou comment parer au plus pressé ! - *JCP ACT*, oct. 2005, étude 1342, n° 6-9.

40. Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement, *op. cit.* *Cf.* BIZET (J-F) - Pour une défense de la concession d'aménagement - *BJCP*, 2008, p. 74 et s. ; BONAMY (P), PELCRAN (A) - La procédure nationale de dévolution des concessions d'aménagement : loin du compte ! - *AJDA*, 2005, p. 2177 et s. ; DEVÈS (C) - La loi relative aux concessions d'aménagement ou comment parer au plus pressé ! - *op. cit.*

41. Article L. 300-4 du code de l'urbanisme.

42. Après avoir constaté que « la concession d'aménagement est en somme un moyen pour la collectivité de réaliser ses opérations d'urbanisme au travers d'un prolongement institutionnel ayant la souplesse d'une institution de droit privé », et que « les sociétés d'économie mixte locales d'aménagement sont les gros bataillons de l'économie mixte », J.-B. Auby conclut que « c'est cette dernière qui est en péril, plus encore que les modalités contractuelles de réalisation des opérations d'urbanisme » (*in* - Les contrats d'aménagement et l'économie mixte dans la tourmente - *Dr. Adm.*, fév. 2005, repère 2). D'après les statistiques de la Fédération des entreprises publiques locales, 275 sociétés d'aménagement sont recensées en 2009, soit 25 % de l'ensemble des 1096 sociétés d'économie mixte locales (source : www.lesepls.fr).

43. Le rapporteur du projet de loi devant le Sénat précise d'ailleurs que « cet amendement trouve son origine dans l'adoption récente de la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement (BRAYE (D) - *op. cit.* - p. 44).

44. Article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme.

45. Article L. 327-1 du code de l'urbanisme.

d'un contrôle renforcé sur les sociétés et en interdisant à ces dernières d'agir pour d'autres personnes que leurs actionnaires publics, le législateur a clairement entendu placer leurs relations contractuelles dans le cadre de la théorie des prestations intégrées. Avant même que l'efficacité du procédé ait été appréciée par le juge de l'Union européenne ou par le juge administratif, le législateur a mis fin à l'expérimentation en pérennisant la technique de la société publique locale et en étendant le champ de ses compétences à toute activité d'intérêt général.

II. LA PÉRENNISATION DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

430. La loi du 28 mai 2010 a repris les apports principaux de la loi sur les sociétés publiques locales d'aménagement et en a étendu la portée⁴⁶. Elle préserve les sociétés déjà créées et maintient une réglementation – toilettée – spécifique aux sociétés publiques locales d'aménagement. La multiplication des réglementations particulières ne s'inscrit pas dans le sens d'une uniformisation et d'une simplification du droit de l'économie mixte locale, préoccupation pourtant centrale dans le travail de réforme de l'économie mixte locale mené depuis 1983⁴⁷. Préservant un régime spécifique pour les sociétés publiques locales d'aménagement (A), elle étend leur compétence à toute activité d'intérêt général (B).

A. LA PRÉSERVATION DU RÉGIME DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES D'AMÉNAGEMENT

431. La loi du 28 mai 2010 n'est pas revenue sur la complexité du régime des sociétés publiques locales d'aménagement. Par analogie avec la réglementation sur l'économie mixte locale, l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme place par principe ces sociétés dans le cadre de la réglementation sur les sociétés commerciales. Elle organise cependant des exceptions, résultant soit de l'application du code général des collectivités territoriales⁴⁸, soit d'une réglementation spécifique aux sociétés publiques locales d'aménagement⁴⁹. L'éparpillement des

46. Sur la création des sociétés publiques locales, cf. MINEFE, Direction des affaires juridiques, 28 mai 2010 - Publication de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales ; BERGÉAL (C) - Utilisez la SPL, mais respectez le mode d'emploi - *AJDA*, 2010, p. 1228 et s. ; CLAMOUR (G) - *op. cit.* ; DEVÈS (C) - La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique ? - *op. cit.* ; GLATT (J-M) - La loi pour le développement des sociétés publiques locales : le « in house » à la française - *LPA*, 30 août 2010, p. 5 et s. ; LLORENS (F), SOLER-COUTEAUX (P) - Les sociétés publiques locales ou la naissance du *in house* à la française - *Contrats Marchés publ.*, juil. 2010, repère 7 ; NICINSKI (S) - La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales - *AJDA*, 2010, p. 1759 et s. ; NOGUELLOU (R) - Les sociétés publiques locales - *Dr. Adm.*, juillet 2010, alerte 44.

47. La loi du 7 juillet 1983, réformée par celle du 2 janvier 2002, avait pour justification la simplification du droit de l'économie mixte locale, en créant un régime juridique unique ayant vocation à remplacer la plupart des réglementations particulières (cf. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, 498 p. ; DELVOLVÉ (P) - *op. cit.* ; SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 923 et s.)

48. Articles L. 1521-1 et s. du code général des collectivités territoriales, relatifs au régime juridique des sociétés d'économie mixte locales.

49. Article L. 327-1 du code de l'urbanisme.

sources législatives a rendu leur régime peu lisible. Surtout, le législateur n'a pas saisi toutes les implications de la détention de l'intégralité du capital social pour les collectivités. Aucune exception au droit des sociétés n'avait par exemple été organisée en 2006 quant aux conditions de constitution d'une société publique locale d'aménagement. Il en résultait qu'une société devait être composée d'au moins sept actionnaires, conformément à l'article L. 225-1 du code de commerce. Dans la pratique cela diminuait très fortement l'attrait de cette structure, les collectivités devant se regrouper pour créer des sociétés à vocation intercommunale. Or, le recours à une société commerciale réside dans la souplesse de son utilisation et les collectivités territoriales n'hésitent pas à créer des sociétés d'économie mixte locales dans lesquelles une seule collectivité est actionnaire majoritaire⁵⁰. En quatre ans, seulement quatre sociétés ont été créées⁵¹, conduisant le législateur à assouplir dès 2009 le régime des sociétés en abaissant à deux le nombre d'actionnaires minimum⁵². La loi de 2010 n'est pas revenue sur le nombre minimum d'actionnaires, maintenant la distinction entre les sociétés publiques locales d'aménagement et les sociétés d'économie mixte locales.

432. Le législateur aurait pu regrouper les dispositions relatives aux sociétés publiques locales d'aménagement et aux sociétés d'économie mixte locales dans une même partie du code général des collectivités territoriales, ceci afin de faciliter la mise en évidence des éléments communs et de différenciation entre ces deux structures⁵³. La loi du 28 mai 2010 précise la nature des activités pouvant être confiées à ces sociétés et adopte une conception étendue de la notion d'aménagement⁵⁴. Elle encadre également les conditions dans lesquelles ces sociétés peuvent recourir à la préemption ou à l'expropriation⁵⁵. Le maintien de dispositions spécifiques pour les sociétés

50. Pour des exemples de sociétés mono-communales, cf. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 18 décembre 2002, *Société d'économie mixte de Saint-Tropez (SEMITROP)* ; CRC Rhône-Alpes, ROD 11 avril 2005, *Société d'économie mixte Vercors Restauration* ; CRC Île-de-France, ROD 6 mars 2009, *Société d'économie mixte de Maurepas (SEMAU)*.

51. LLORENS (F), SOLER-COUTEAUX (P) - Les sociétés publiques locales ou le « *in house* » à la française - *Contrats Marchés publ.*, mai 2009, repère 5, p. 2. Le rapporteur Mézard note que, d'après la Fédération des entreprises publiques locales, il existerait sept sociétés créées et trente-deux projets au 31 mars 2009 (*in* - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi (...) pour le développement des sociétés publiques locales* - *op. cit.*, p. 13). La Fédération des entreprises publiques locales en recense 11 en 2010 et souligne l'existence de 38 projets de création de sociétés d'économie mixte locales d'aménagement, contre 27 en 2009 (source : Fédération des entreprises publiques locales, cf. www.creerunesem.fr).

52. Article L. 327-1 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion (*JORF*, 27 mars 2009, p. 5408).

53. Pour le ministère de l'Économie, celles-ci se résument à l'objet spécialisé de la société, à la détention de l'intégralité du capital par les collectivités et à l'obligation faite aux sociétés d'exercer leurs missions uniquement pour le compte de leurs actionnaires (Rép. min. à QE, n° 102783, *JOAN Q*, 28 novembre 2006, p. 12457).

54. Article L. 327-1 du code de l'urbanisme : elles « sont compétentes pour réaliser toute opération d'aménagement au sens du présent code. Elles sont également compétentes 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 dans les conditions prévues au chapitre IV du titre I^{er} du livre II du présent code ».

55. Article L. 327-1 du code de l'urbanisme : « elles peuvent exercer, par délégation de leurs titulaires, les droits de préemption et de priorité définis par le présent code et agir par voie d'expropriation dans les conditions fixées par des conventions conclues avec l'un de leurs membres ».

publiques locales d'aménagement est d'autant plus étonnant que l'objet premier et principal de la loi du 28 mai 2010 est l'extension du domaine de compétence des sociétés publiques locales. La redondance des dispositions du code général des collectivités territoriales et du code de l'urbanisme est renforcée, les sociétés publiques locales étant compétentes pour toute activité d'intérêt général, dont l'aménagement.

B. L'EXTENSION DE LA COMPÉTENCE DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES À TOUTE ACTIVITÉ D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

433. La loi du 28 mai 2010 tente de réaliser un syncrétisme entre le régime des sociétés d'économie mixte locales et les évolutions apportées à celui-ci par les sociétés publiques locales d'aménagement. L'article L. 1531-1 du code permet à deux collectivités territoriales ou groupements, au moins, d'être les actionnaires uniques de ces sociétés. Il limite l'exercice de l'objet social à la satisfaction exclusive des actionnaires et leur champ d'action au territoire de ceux-ci⁵⁶. Pour le reste la loi reprend par « mimétisme »⁵⁷ les dispositions applicables aux sociétés d'économie mixte locales. La législation française n'est ainsi pas tout à fait alignée sur celle des autres États européens puisque la plupart de ceux-ci n'imposent pas de seuil ni de plafond de participation publique⁵⁸. Or, le régime français n'est pas unifié et les collectivités ont le choix entre, d'une part, la formule classique de la société d'économie mixte locale dans laquelle elles peuvent détenir entre 50 et 85 % du capital et, d'autre part, la formule renouvelée de la société publique locale dont elles sont les uniques actionnaires. La loi ne revient que partiellement sur le plafond des 85 %, interdisant toujours la participation comprise entre ce plafond et la détention intégrale du capital. Dans ce domaine, également, une unification aurait été souhaitable car l'existence d'un plafond se justifie moins au regard de la nouvelle exception apportée par la loi du 28 mai 2010. Le législateur a, semble-t-il, tenu compte de la pratique constatée dans les autres États consistant à délaisser l'idée d'économie mixte en créant majoritairement des sociétés intégralement publiques. La loi du 28 mai 2010 crée une alternative entre la société publique locale et la société d'économie mixte locale en limitant les possibilités de publicisation rampante des sociétés par acquisitions progressives du capital par les collectivités territoriales actionnaires⁵⁹. L'occasion est cependant manquée de redynamiser cette formule.

434. La loi sur les sociétés publiques locales reprend les fondements de l'économie mixte locale et renvoie à l'application des articles L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales « sous réserve des dispositions [spécifiques aux sociétés publiques locales] »⁶⁰. En particulier, elle autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à créer, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, des sociétés chargées de la réalisation d'opérations

56. L'article L. 225-1 du code de commerce impose la réunion d'au moins sept actionnaires.

57. DEVÈS (C) - La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique ? - *op. cit.*, p. 18.

58. VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *op. cit.* - p. 144-147.

59. L'expression de publicisation rampante fait écho à celle de « privatisation rampante », utilisée pour désigner la technique consistant à faire passer des entreprises du secteur public au secteur privé en contournant les règles relatives aux privatisations, par exemple en diluant les participations publiques (en ce sens, cf. ORSONI (G) - Les privatisations - *RTD Com.*, 1993, p. 651).

60. Article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales.

d'aménagement, de construction, de la gestion de services publics industriels et commerciaux ou de toute autre activité d'intérêt général⁶¹. Le rapprochement avec le régime de l'économie mixte locale est flagrant, le législateur ayant presque recopié *in extenso* l'article L. 1521-1 du code. La forme de société anonyme est également imposée⁶². Pour les autres dispositions relatives à la représentation des actionnaires, au régime des aides et avances, aux relations contractuelles, la loi renvoie d'une façon générale à la réglementation sur les sociétés d'économie mixte locales. Dès lors, le maintien de la réglementation pour les sociétés spécialisées dans le domaine de l'aménagement est contestable. L'objet social des sociétés publiques locales est défini largement et elles peuvent être chargées de toute mission d'intérêt général, dont des opérations d'aménagement. La préservation de la réglementation sur les sociétés publiques locales d'aménagement est redondante et nuit à la simplification du régime des sociétés publiques locales, en maintenant une confusion artificielle avec les sociétés publiques locales d'aménagement, source de contentieux.

435. Le régime de l'économie mixte locale aurait pu être toiletté pour correspondre davantage à la formule de la société publique locale. En premier lieu, les règles assurant la détention d'au moins un représentant au conseil d'administration ou de surveillance, celles relatives à la tenue d'assemblées générales ou à la présence d'une assemblée spéciale n'ont pas vraiment de sens dans une société constituée avec moins de sept actionnaires⁶³. De plus, la multiplication des actionnaires risquerait également d'entraîner une dilution du pouvoir de contrôle analogue au sens européen et donc les possibilités d'assimiler les sociétés à des prestataires intégrés⁶⁴. Il est très probable que, comme pour les sociétés publiques locales d'aménagement, les collectivités territoriales souhaitent exercer une domination étroite sur les sociétés et qu'elles privilégient la constitution de sociétés autour d'un nombre restreint d'actionnaires. C. Devès souligne en particulier la difficulté avec l'obligation, issue du droit des sociétés, que la société soit administrée par un conseil comprenant au moins trois membres⁶⁵. Cette obligation pourrait poser problème dans le cas où une société serait constituée entre deux collectivités ou groupements détenant une participation équivalente.

436. En deuxième lieu le régime de représentation et de direction des sociétés aurait pu être simplifié. Pour assurer un contrôle analogue au sens européen, les collectivités territoriales actionnaires devront exercer elles-mêmes la direction de la société. À défaut, la Cour de Justice de l'Union européenne refuserait certainement de reconnaître l'existence d'une relation *in house*. Pour éviter ce risque, la loi aurait pu prévoir une dérogation au droit des sociétés attribuant obligatoirement aux collectivités la direction de la société, par la voie de leurs représentants permanents. Dans la pratique de l'économie mixte locale, les actionnaires majoritaires exercent *de facto* ces fonctions. L'inscrire dans la loi aurait permis de clarifier la situation pour le juge de l'Union européenne, toujours favorable à une lecture organique de la théorie des prestations intégrées.

61. *Idem*.

62. Article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales.

63. *Cf.*, en particulier, l'article L. 1523-5 du code général des collectivités territoriales.

64. *Cf. infra.*, § 2.

65. Article L. 225-17 du code général des collectivités territoriales (DEVÈS (C) - La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique ? - *op. cit.*, p. 18-19).

437. En dernier lieu, la constitution d'une société pourrait s'avérer délicate dans le cas où la compétence de la collectivité aurait été transférée à un établissement public de coopération intercommunale. L'article L. 1521-1 autorise une commune dont la compétence a été transférée, à « continuer à participer » au capital de la société. Elle ne permet pas la création d'une telle société entre une commune et un établissement public de coopération intercommunale auquel la compétence a été transférée avant la constitution de la société. L'impossibilité de constituer des sociétés avec un seul groupement actionnaire rend le recours à cet outil plus délicat à mettre en œuvre, deux établissements publics de coopération intercommunale au moins devant se regrouper pour créer une société.

438. D'une façon générale, le recours aux sociétés publiques locales est ouvert aux seules collectivités territoriales et à leurs groupements. Les établissements publics ne peuvent pas en être les actionnaires. Le régime des sociétés publiques locales fait écho à celui des sociétés d'économie mixte locales dans lesquelles les établissements publics ne peuvent être que des actionnaires minoritaires⁶⁶. Une exception avait été introduite prévoyant l'actionnariat des établissements publics de santé⁶⁷, mais elle a été abrogée par l'ordonnance du 23 février 2010⁶⁸.

439. Le régime juridique des sociétés publiques locales et des sociétés publiques locales d'aménagement est proche de celui des sociétés d'économie mixte locales. Les aménagements à la réglementation du code général des collectivités territoriales tendent à renforcer la domination des actionnaires publics sans sortir du cadre de l'économie mixte locale, si ce n'est pas la détention intégrale du capital. Le législateur tente ainsi de contourner le refus du juge de l'Union européenne d'appliquer la théorie des prestations intégrées aux relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. La loi du 28 mai 2010 laisse cependant une impression de précipitation malgré l'unité affichée du Parlement lors de son adoption à l'intégralité des membres du Sénat⁶⁹. Cette impression est d'autant plus prégnante que la reconnaissance d'une prestation intégrée, but affiché du législateur, n'est pas certaine.

66. Le juge administratif rappelle ainsi qu'il « ne résulte par conséquent d'aucune des dispositions susmentionnées des articles L.2253-1 à L.2253-7 du code général des collectivités territoriales relatives à la participation au capital des sociétés, que le législateur y ait expressément ou y ait même entendu autoriser les établissements publics locaux, au demeurant soumis au principe de spécialité en vertu duquel ils ne peuvent légalement agir que dans le cadre des compétences qui leur sont expressément reconnues par l'acte qui les a institués, à créer sous la forme de sociétés d'économie mixte locales, des filiales dont ils détiendraient seuls la majorité du capital » (CAA Marseille, 12 février 2007, *Préfet du Var c/ OPAC Var Habitat*, Req. 06MA02263).

67. Article L. 1522-6 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, 11 août 2004, p. 14277.

68. Article 27 de l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 25 février 2011, p. 3585 (*cf. supra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

69. DEVÈS (C) - La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique ? - *op. cit.*, p. 17.

§ 2. LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES, PRESTATAIRES POTENTIELLEMENT INTÉGRÉS AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

440. Dès lors que les collectivités territoriales ont le choix entre deux procédés d'intervention dans le secteur économique, dont l'un paraît plus souple, elles devraient se saisir du nouvel instrument, délaissant l'ancien devenu trop rigide. Le succès de la société publique locale pourrait accélérer un « déclin de l'économie mixte »⁷⁰ déjà constaté dans la pratique⁷¹ et « théoriquement » conduire à la disparition des sociétés d'économie mixte locales⁷². Celle-ci est cependant loin d'être assurée car la détention de l'intégralité du capital social est une condition nécessaire mais non suffisante⁷³ pour caractériser l'existence de relations *in house*. Contrairement à l'enthousiasme affiché, par le Rapporteur Schosteck⁷⁴ ou par M. Passi, Président de la Fédération des entreprises publiques locales⁷⁵, l'objectif principal de la loi n'est pas automatiquement atteint et la création de ce nouvel instrument soulève de nombreuses interrogations. La doctrine se montre ainsi très circonspecte face à ce nouvel outil aux implications incertaines pour les collectivités territoriales⁷⁶. Le Ministère de l'Intérieur a par ailleurs publié en avril 2011 une circulaire venant préciser certaines modalités du régime de la société publique locale⁷⁷, sans pour autant éclaircir toutes les incertitudes, notamment quant au financement des sociétés⁷⁸. De plus, la recherche d'un contournement des règles de transparence dans les relations contractuelles pourrait avoir un effet secondaire paradoxal, le juge administratif ne s'arrêtant plus à la société mais considérant que l'action de celle-ci engage directement ses actionnaires, par transparence. Entre enthousiasme exacerbé⁷⁹ et méfiance légitime⁸⁰, la pérennité du mécanisme semble conditionnée

70. FAGE (A), ROSE-DULCINA (F) - La création des sociétés publiques locales d'aménagement : le déclin de l'économie mixte ? - *RLCT*, 2006, n° 19, 556.

71. La Fédération des entreprises publiques locales constate une diminution constante du nombre de sociétés d'économie mixte locales depuis 1994, celles-ci passant de 1529 à 1061 en 2010 (source : www.lesepspls.fr).

72. BERGEAL (C) - Utilisez la SPL, mais respectez le mode d'emploi - *AJDA*, 2010, p. 1229.

73. CLAMOUR (G) - Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales - *Contrats et Marchés publ.*, juillet 2010, comm. 235.

74. Selon le rapporteur de la proposition de loi à l'Assemblée nationale, « les sociétés publiques locales remplissent sans ambiguïtés [les] deux conditions [de la théorie des prestations intégrées] » (*in* - Entretien avec la Revue Lamy collectivités territoriales - *RLCT*, 2010, n° 60, 1707).

75. PASSI (M) - *op. cit.*

76. Il suffit de constater le vocabulaire utilisé et la récurrence du mode interrogatif pour constater cette circonspection. En ce sens, *cf.* DEVÈS (C) - *op. cit.* ; LINOTTE (D) - Sur un nouvel instrument d'action publique locale : la société publique locale, panacée ou placebo ? À propos de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des SPL - *Gaz. Pal.*, oct. 2010, n° 275, p. 19 et s. ; Quelques interrogations sur la société publique locale et ses contraintes opérationnelles - *Gaz. Pal.*, mai 2011, n° 141, p. 17 et s. ; LOMBART (P) - Faut-il avoir peur des sociétés publiques locales ? - *RJEP*, 2010, repère 9.

77. Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 portant régime juridique des sociétés publiques locales et des sociétés publiques locales d'aménagement, non publiée au *JORF*.

78. En ce sens, *cf.* WELS (Y) - Sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement : entre clarifications et imprécisions réglementaires - *JCP ACT*, juin 2011, 2209.

79. Pour S. Damarey par exemple, la création de la société publique locale devrait permettre aux collectivités territoriales de mettre fin au recours aux associations transparentes pour la gestion d'activités de service public (*in* - La société publique locale ou la fin des associations transparentes - *AJDA*, 2011, p. 15 et s.).

80. Par exemple, *cf.* BERGEAL (C) - Doit-on craindre un détournement de la SPL par les collectivités territoriales ? - *AJCTI*, 2011, p. 19 et s. ; LOMBART (P) - Faut-il avoir peur des sociétés publiques locales ? - *RJEP*, 2010, repère 9.

par l'appréhension qu'en aura le juge administratif, sous le contrôle attentif du juge de l'Union européenne. En effet, la détention publique de l'intégralité du capital social n'est pas un critère suffisant à la reconnaissance d'un prestataire intégré (I) et pourrait conduire au constat de la transparence de la société (II).

I. LA DÉTENTION PUBLIQUE DE L'INTÉGRALITÉ DU CAPITAL, CRITÈRE INSUFFISANT À LA RECONNAISSANCE D'UN PRESTATAIRE INTÉGRÉ

441. L'interprétation des critères de la relation *in house* dégagés par la Cour de Justice de l'Union européenne conduit à relativiser l'assimilation automatique des sociétés publiques locales à des prestataires intégrés aux collectivités territoriales⁸¹, même si l'appréciation des deux conditions n'est pas équivalente. La condition de l'exercice de l'essentiel des activités de l'organisme pour le compte du pouvoir adjudicateur est d'une utilisation relativement aisée. Son application ne pose aucune difficulté dans le cas des sociétés publiques locales, créées exclusivement pour la satisfaction des besoins de leurs actionnaires et ne pouvant exercer leurs missions que sur leur territoire⁸². Comme les sociétés publiques locales d'aménagement, le champ d'intervention des sociétés publiques locales est limité à celui de leurs actionnaires.

442. La Cour de Justice de l'Union européenne est en revanche plus stricte pour caractériser l'existence d'un contrôle analogue⁸³. Elle a assoupli sa position initiale en reconnaissant la possibilité d'un pluri-contrôle public analogue de la structure⁸⁴, favorable à l'émergence des sociétés publiques locales, contrairement aux mises en garde du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie⁸⁵. Mais le contrôle de la structure ne saurait être analogue à celui exercé sur ses propres services, dès lors que la société dispose d'une autonomie suffisante et traquant ce que C. Devès qualifie « d'amples pouvoirs de gestion »⁸⁶. La détention

81. L'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi du 28 mai 2010, exclut de son champ d'application les délégations de service public conclues avec « une société publique locale sur [lesquelles] la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent 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 [ses] statuts ».

82. Article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales.

83. Sur la notion de contrôle analogue, cf. NOGUELLOU (R) - La notion de contrôle analogue - *RLCT*, 2010, n° 60, 1706 ; DELAUNAY (G) - L'exception *in house* aux exigences du droit de l'Union européenne en matière de mise en concurrence - *RDP*, 2011, p. 722 et s.

84. Il n'est pas nécessaire que le contrôle soit analogue à celui que les actionnaires publics exercent individuellement sur leurs services. Il suffit qu'il puisse être caractérisé pour l'ensemble des actionnaires publics (cf. *supra.*, Titre 2, Chapitre 1, et BROUSSY (E), DONNAT (F), LAMBERT (C) - La Cour de justice précise la notion de marché *in house* - Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux* et CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo* - *AJDA*, 2007, p. 1117 et s. ; FENOYL (É) de - Le « *in house* » dans tous ses états : du pluri-contrôle public appliqué à l'intercommunalité - *JCP ACT*, juin 2007, étude 2151).

85. Dans une réponse ministérielle concernant les sociétés publiques locales d'aménagement, le ministre soulignant les difficultés potentielles d'un pluri-contrôle public des sociétés : « si la collectivité territoriale majoritaire, ou le groupement majoritaire en voix peut être considéré, si les conditions sont remplies, comme exerçant sur la SPLA un "contrôle analogue", tel n'est pas invariablement le cas lorsque le délégant ne dispose pas de la majorité des droits de vote » (Rép. min. à QE, n° 102783, *JOAN Q*, 28 novembre 2006, *op. cit.*).

86. DEVÈS (C) - La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? - *op. cit.*, n° 24.

de l'intégralité du capital n'est qu'un indice de l'existence d'un contrôle analogue, même si la jurisprudence *Carbotermo* « renforce la présomption » pour les sociétés intégralement publiques⁸⁷. Se pose la question des modalités d'appréciation de la nature du contrôle. Celle-ci est nécessairement effectuée *in concreto*⁸⁸, à partir d'un faisceau d'indices permettant au juge de constater que le contrôle de l'entité n'est pas « précaire »⁸⁹. La qualification de prestataire intégré est refusée lorsque divers éléments révèlent un contrôle affaibli des actionnaires publics. Il en est ainsi lorsque la société a la possibilité de délimiter par elle-même l'étendue de ses compétences⁹⁰ ou qu'existent au profit de ses organes internes des pouvoirs de gestion ordinaire ou extraordinaire de la société. L'autonomie peut alors se manifester par la possibilité pour le conseil d'administration « de prendre tout acte qu'il juge nécessaire à la réalisation de l'objet de la société »⁹¹ ou par l'absence au profit de l'actionnaire d'un « pouvoir de contrôle ou droit de vote particulier pour restreindre la liberté d'action reconnue à ces conseils d'administration »⁹². La Cour de Justice de l'Union européenne ne se satisfait pas de la seule détention publique de l'intégralité du capital d'une société.

443. La condition du contrôle analogue ne saurait être reconnue dès lors que la prépondérance des actionnaires « se résume pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés » car cela « limite de manière considérable son pouvoir d'influencer les décisions de ces sociétés »⁹³. Pour qualifier de prestataire intégré une société publique locale espagnole, la Cour de Justice s'est appuyée sur l'existence d'un régime fortement dérogatoire du droit des sociétés. En l'espèce, la société était tenue de réaliser les commandes passées par ses actionnaires publics sans pouvoir fixer les prix de ses prestations⁹⁴. Les actionnaires exerçaient sur la société une domination que la seule détention de la majorité du capital ne leur aurait pas accordée. La transposition du raisonnement du juge de l'Union au montage interne laisse planer un doute quant à la reconnaissance d'une relation *in house* entre une société publique locale et ses actionnaires publics.

444. La loi du 28 mai 2010 a réalisé une évolution *a minima* du statut des sociétés d'économie mixte locales. Seule la détention publique de l'intégralité du capital social a été organisée. Le législateur français n'a pas pris en compte l'intégralité de la portée de la jurisprudence, en ne prévoyant aucune dérogation au droit des sociétés renforçant les contrôles publics des sociétés. Les actionnaires

87. CARANTA (R) - Jurisprudence *Telaustria* et contrats *in house* - Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle - Dr. Adm.*, 2009, comm. n° 22, p. 20. Dans l'affaire *Carbotermo*, la Cour affirme que la détention publique du capital d'une société commerciale « tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » (CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, point 37).

88. LINDITCH (F) - Le « *in house* » finalement sauvé par la Cour de justice de l'Union européenne ? - Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, Agesp SpA - JCP ACT*, juin 2006, **comm. 1125**

89. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, Rec. CJCE I-8585, conclusions Kokott, point 67.

90. *Idem*.

91. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, point 68.

92. CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, point 38.

93. *Idem*.

94. CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, point 60.

de sociétés publiques locales n'apparaissent pas, sous cet angle, dans une situation plus avantageuse que ceux des sociétés d'économie mixte locales⁹⁵. Le juge ayant refusé de consacrer l'existence d'un contrôle analogue pour ces sociétés, il est douteux qu'il y consente en l'absence d'aménagements du droit des sociétés. Tout au plus devrait-il constater que, l'obligation faite aux sociétés d'agir uniquement pour le compte et sur le territoire de ses actionnaires publics crée une présomption de contrôle renforcé. Pour que la théorie des prestations intégrées leur soit reconnue, les collectivités devront aménager les statuts de la société de façon à faire apparaître leur domination en s'assurant que les élus exercent « le pouvoir »⁹⁶ par un « contrôle étroit et réel » sur la société⁹⁷.

445. L'objectif assigné à la loi du 28 mai 2010 semble difficile à atteindre. L'assimilation, *ipso facto*, des relations contractuelles des collectivités territoriales avec des sociétés publiques locales à des relations *in house* est discutable. La loi du 28 mai 2010 « ne crée pas des opérateurs *in house* en tout état de cause, elle crée seulement des opérateurs susceptibles, moyennant certaines précautions, d'entrer dans la catégorie des opérateurs *in house* »⁹⁸. Aucune disposition n'empêche cependant les collectivités territoriales de renforcer leur position au sein des sociétés, dès la constitution de celles-ci. La portée de la réforme n'est pas aussi importante que le législateur le souhaitait⁹⁹ et le juge continuera d'apprécier, *in concreto*, l'effectivité du renforcement de la domination des actionnaires publics. Le constat d'une relation *in house* pourrait, par ailleurs, avoir des conséquences inattendues pour les collectivités territoriales actionnaires, les sociétés publiques locales risquant dès lors d'être qualifiées d'organismes transparents par le juge administratif.

II. LA DÉTENTION PUBLIQUE DE L'INTÉGRALITÉ DU CAPITAL, INDICE DE LA TRANSPARENCE DE LA SOCIÉTÉ

446. En mettant fin à la notion traditionnelle d'économie mixte, la loi du 28 mai 2010 renonce également aux avantages que peut procurer la mixité du capital. La détention publique de l'intégralité du capital aboutit à une conception particulière de la société, « dénuée d'intérêt propre et de volonté autonome »¹⁰⁰. Cette absence d'autonomie est recherchée pour caractériser une prestation inté-

95. Il n'est pas prévu que les actionnaires publics puissent déroger au droit des sociétés quant à l'organisation interne de la société, à la composition de ses assemblées ou à leurs modalités de délibération, etc.

96. BERGEAL (C) - Utilisez la SPL, mais respectez le mode d'emploi - *AJDA*, 2010, p. 1228.

97. Publication de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, fiche explicative publiée par la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi (MINEFE), 28 mai 2010, p. 1.

98. NICINSKI (S) - La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales - *AJDA*, 2010, p. 1763.

99. Cf. en ce sens l'enthousiasme affiché par le Rapporteur Schosteck (*in* - Entretien avec la Revue Lamy Collectivités territoriales - *op. cit.*).

100. PELTIER (M) - La société publique locale d'aménagement - *AJDA*, 2006, p. 2173. Les sociétés publiques locales se rapprochent ainsi des sociétés unipersonnelles, constituées par un seul actionnaire. Les sociétés publiques locales ne sont pas des sociétés unipersonnelles au sens strict, puisqu'elles sont constituées par deux actionnaires au minimum. Elles demeurent néanmoins des sociétés dont seules certaines personnes – les collectivités territoriales ou leurs groupements – peuvent en être actionnaire.

grée. Elle pourrait cependant conduire le juge administratif à considérer que les sociétés publiques locales n'ont pas d'autonomie et ne sont que des organismes transparents¹⁰¹. Développée pour caractériser les relations entre certaines associations administratives et les collectivités territoriales, la théorie de la transparence organique permet au juge de différencier les associations ayant une réalité juridique de celles qui ne sont que le « faux nez » de l'administration¹⁰². Même si la théorie de la transparence n'a jamais été appliquée à d'autres organismes, le juge administratif ne limite pas son champ aux seules associations, considérant que toutes les personnes privées peuvent, *a priori*, être transparentes¹⁰³.

447. Le juge administratif tend à rapprocher la théorie de la transparence et celle des relations *in house*¹⁰⁴. Toutes deux soulignent la domination renforcée des personnes publiques sur des organismes tiers. Mais la théorie de la transparence organique a des conséquences plus étendues que celle des prestations intégrées. Elle permet d'obtenir la requalification des contrats conclus avec l'organisme transparent de contrats administratifs et d'engager directement la responsabilité de la collectivité, en lieu et place de celle du cocontractant¹⁰⁵. Elle peut également entraîner l'application aux personnels du statut des agents publics¹⁰⁶ ainsi qu'à la mise à la charge des collectivités de ses dettes¹⁰⁷.

448. Le Conseil d'État a dégagé quatre critères cumulatifs de reconnaissance de la théorie : il y a transparence « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente »¹⁰⁸. Les sociétés publiques locales sont des personnes morales de droit privé dont les collectivités territoriales sont les actionnaires uniques. Elles sont dominées par leurs actionnaires publics qui en contrôlent le fonctionnement et qui leur procurent, soit en qualité d'actionnaire soit en celle de partenaires, l'essentiel de leurs ressources. Même s'il maintient la séparation entre ces deux analyses, le juge administratif devrait appliquer la théorie de la transparence dès lors que les relations contractuelles des sociétés publiques locales avec les collectivités territoriales sont assimilées à des prestations intégrées. Rapprochant ces deux approches, le Conseil d'État a d'ailleurs reconnu que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui

101. Sur la notion de transparence, cf. AUBY (J-B) - *La notion de personne publique en droit administratif* - Thèse, Université de Bordeaux I, 1979, 428 p. ; LICHÈRE (F) - *Les contrats administratifs entre personnes privées : représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif* - Thèse, Montpellier I, 1998, 512 p.

102. DE LAUBADÈRE (A) - Les associations et la vie administrative. Introduction - *AJDA*, 1980, p. 115. D'autres expressions, tout aussi imagées, ont été employées à propos des associations administratives, pour les qualifier de « fictives », de « paravent » (LICHÈRE (F) - La transparence des associations administratives - *op. cit.* p. 10) ou d'« ectoplasme » (DONDOUX (P) - Conclusions sur CE, 5 mai 1987, *Divier* - *RDP*, 1988, p. 267).

103. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, Rec. 130, *Contrats et Marchés publ.*, sept. 2007, comm. 14, note Lichère, confirmée par CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, Rec. 155, *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2128, note Pontier.

104. CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, *op. cit.*

105. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *op. cit.*

106. CAA Nancy, 2 décembre 2004, *Mlle Anne X.*, Req. 98NC02315.

107. CE, 5 décembre 2005, *Département de la Dordogne*, Rec. 552, *RGCT*, 2005, p. 395 et s., concl. Glaser ; CE, 4 août 2006, *Commune de Grimaud*, Rec. tables 744, *JCP G.*, II, 10170, concl. Sénér.

108. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *op. cit.* Cf. LICHÈRE (F) - *op. cit.*, n° 4.

procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente »¹⁰⁹. La reprise des critères de la prestation intégrée est assumée et traduit l'approche extensive qu'en a faite le juge administratif. L'application de la théorie des relations *in house* aux sociétés publiques locales aurait des conséquences étonnantes devant le juge administratif, celui-ci pouvant engager sur le fondement de la transparence la responsabilité des collectivités territoriales actionnaires et requalifier systématiquement les contrats conclus par la société de contrats administratifs.

449. Le contournement des obligations de mise en concurrence dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales par la création de sociétés publiques locales s'avère donc d'un intérêt limité, car elle peut conduire le juge administratif à déclarer la société transparente. De plus, la détention publique de l'intégralité du capital social prive les collectivités territoriales des ressources financières privées ou parapubliques¹¹⁰ ainsi que des compétences techniques des actionnaires minoritaires pour réaliser l'objet social¹¹¹. Pour éviter ces conséquences, les collectivités territoriales pourraient être tentées de se détourner de ce mécanisme pour aménager les règles de mise en concurrence d'une autre façon, en les déplaçant au stade de la constitution des sociétés d'économie mixte locales, créant ainsi des partenariats public-privé institutionnalisés.

SECTION 2 LE DÉPLACEMENT DES OBLIGATIONS DE MISE EN CONCURRENCE PAR LA CRÉATION DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ INSTITUTIONNALISÉS

450. La suppression des obligations de mise en concurrence dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales nécessite la modification de leurs relations institutionnelles. Rétive à l'idée

109. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *op. cit.*, confirmée par CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, *op. cit.*

110. L'actionnariat public étant limité à 85 % du capital, les collectivités font régulièrement appel à des actionnaires financiers, qualifiés de dormants, pour devenir leurs partenaires. Cette participation financière leur permet de conserver la maîtrise du fonctionnement de la société tout en leur garantissant des apports financiers certains (à titre illustratif, cf. CRC Basse-Normandie, ROD 23 avril 2004, *Société d'économie mixte Normandie-Aménagement*, p. 1 : les organismes bancaires, dont la Caisse des dépôts et consignations, détiennent 20 % de la société et sont les principaux actionnaires minoritaires ; CRC Basse-Normandie, ROD 31 janvier 2005, *Société caennaise de développement immobilier (SEM La Caennaise)*, n° 1 : les trois principaux actionnaires sont la Commune de Caen (53,5 % du capital), la Caisse d'Épargne (23,5 %) et la Caisse des dépôts et consignations (20 %) ; CRC Auvergne, ROD 31 mars 2010, *Société anonyme d'économie mixte T2C*, n° 1-2 : sur les 35 % de participation minoritaire, la Caisse d'épargne d'Auvergne détient 24,51 %).

111. Transdev, filiale de la Caisse des dépôts et consignations spécialisée dans les transports en commun est par exemple le principal actionnaire minoritaire des sociétés spécialisées dans le transport en commun (cf., notamment, CRC Rhône-Alpes, ROD 14 juin 2004, *Société d'économie mixte des transports publics de l'agglomération grenobloise (SEMITAG)* : 26,85 % ; CRC Midi-Pyrénées, ROD 18 août 2004, *Société d'économie mixte des transports en commun de l'agglomération toulousaine (SEMVAT)* : 9,2 % ; CRC Centre, ROD 7 avril 2005, *Société d'économie mixte des transports de l'agglomération orléanaise (SEMTAO)* : 34 % ; CRC Lorraine, ROD 22 mars 2005, *Société d'économie mixte des transports urbains du bassin de Longwy (SEMITUL)* : 11 %).

d'assimiler des sociétés à capitaux mixtes à des prestataires intégrés aux pouvoirs adjudicateurs, la Commission européenne prône une évolution différente de l'économie mixte locale, fondée sur la notion de partenariat public-privé¹¹². D'origine contractuelle, celle-ci suppose la collaboration entre les personnes publiques et privées en vue de la satisfaction de besoins d'intérêt général¹¹³. Dans son Livre vert sur les partenariats public-privé, elle en donne une définition extensive¹¹⁴. Une opération de partenariat est ainsi caractérisée par « la durée relativement longue de la relation », « le mode de financement du projet, assuré pour partie par le secteur privé », « le rôle important de l'opérateur économique, qui participe à différents stades du projet (conception, réalisation, mise en œuvre, financement) », ainsi que par « la répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé, sur lequel sont transférés des aléas habituellement supportés par le secteur public »¹¹⁵. Cette définition, très large et peu précise, ne se limite pas aux contrats de partenariats et englobe également des techniques de collaboration institutionnalisées entre le secteur public et le secteur privé. En particulier, la Commission a précisé, dans une communication interprétative du Livre vert, qu'une opération de partenariat peut-être concrétisée par « la création d'entreprises public-privé en relation avec l'attribution d'un contrat ou d'une concession »¹¹⁶. Elle organise les modalités de l'attribution des contrats entre les collectivités et des entreprises du secteur public local en dehors des obligations de mise en concurrence.

112. Le concept de partenariat public-privé trouve sa source dans le droit britannique, avec l'essor du *Private Finance Initiative (PFI)* - ou « initiative pour le financement privé » (trad. Cossalter) - dès 1992. À l'origine conçu comme un programme de gouvernement, le PFI s'est principalement décliné sous la forme contractuelle. Il est désormais inclus dans un mouvement plus vaste de développement du *Public-Private Partnership (PPP)*, « partenariat public-privé » (sur la notion de PFI britannique, cf., à titre illustratif, BREUILLARD (M) - Le partenariat public-privé au Royaume-Uni : une autre conception de l'économie mixte ? - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 197 et s. ; COSSALTER (P), MARAIS (B) du - La Private Finance Initiative - *Institut de la Gestion Délégée*, 2001, 88 p.).

113. Le partenariat public-privé se matérialise principalement en contrats globaux permettant aux personnes publiques de confier à des tiers privés la réalisation de plusieurs prestations, échelonnées sur un temps long (sur la notion de contrat global ou complexe, cf., à titre illustratif, DELVOLVÉ (P) - Les contrats globaux - *RFDA*, 2004, p. 1079 et s. ; ECKERT (G) - Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics - *RFDA*, 2006, p. 238 et s.). La technique du contrat de partenariat a été introduite en France par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 (*JORF*, 19 juin 2004, p. 11020), modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 (*JORF*, 29 juillet 2009, p. 10662), bien qu'elle ait des racines plus anciennes (pour une approche historique du contrat de partenariat, cf. BEZANÇON (X) - *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements collectifs* - Paris, Presses de l'École nationale des ponts et chaussées, 2004, 284 p.) Sur le contrat de partenariat, cf., notamment, MULLER (É) - *Les instruments juridiques des partenariats public-privé* - Thèse, Université Strasbourg, 2009, 679 p. ; GAUDEMET (Y) - Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général - *D.*, 2007, p. 3084 et s. ; HÉMERY (V) - Le partenariat, une notion juridique en formation ? - *RFDA*, 1998, p. 347 et s.

114. Commission des Communautés européennes, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2004/0327 final, *BJCP*, 2004, n° 37, p. 419 et s., commentaire Teissier.

115. Commission des Communautés européennes, 30 avril 2004, *op. cit.*, n° 2. Cf. LICHÈRE (F), MARTOR (B), PÉDINI (G), THOUVENOT (S) - *ordre public* cit. - n° 4.

116. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, Communication C(2007)6661, n° 1, *Contrats Marchés publ.*, mars 2008, repère 3, comm. Llorens et Soler-Couteaux.

451. Le Livre vert sur les partenariats public-privé s'accorde avec la notion d'économie mixte locale telle qu'elle est définie en droit interne¹¹⁷. Un partenariat peut revêtir la forme d'une société d'économie mixte locale dans laquelle les collectivités territoriales disposent de la majorité du capital social. La Commission européenne précise les conditions pour que la création de telles sociétés puisse être assortie de l'attribution de contrats en dehors des procédures de mise en concurrence. Les obligations de mise en concurrence sont alors déplacées du stade de l'attribution du contrat à celui de l'institutionnalisation du partenariat. La création de l'entité mixte peut alors être conforme au droit de l'Union européenne car elle ne remet pas en cause les principes d'équité et de transparence de la commande publique¹¹⁸. Cette forme de partenariat peut apparaître comme « l'avenir des sociétés d'économie mixte »¹¹⁹. Ainsi, la mise en concurrence des actionnaires minoritaires de la constitution de la société (§ 1), permettrait l'économie des obligations de mise en concurrence dans ses relations contractuelles avec les collectivités territoriales (§ 2).

§ 1. LA MISE EN CONCURRENCE DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES LORS DE LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

452. La mise en concurrence des futurs actionnaires avant l'acquisition de participations dans le capital social peut prendre deux formes. M.-Y. Benjamin a proposé d'« imaginer [...] que dans le cadre d'une telle procédure d'attribution du contrat, la collectivité sélectionne le prestataire en lui imposant au surplus de participer au capital de la société d'économie mixte locale existante ou à créer »¹²⁰. Dans cette optique, la collectivité sélectionnerait le partenaire de la société d'économie mixte locale selon un procédé qui demeure teinté d'une certaine complexité¹²¹. La Commission européenne a adopté une démarche différente, en prônant l'intégration des partenaires éventuels de la société d'économie mixte locale dans la partie minoritaire de son capital, en contrepartie de l'attribution directe du contrat¹²². Dans les deux cas, les concurrents potentiels et les

117. En ce sens, cf. BENJAMIN (M-Y) - *op. cit.*, p. 973 et s. ; RIZOULIÈRES (R) - Développement économique et contractualisation : les sociétés d'économie mixte locales et les partenariats public-privé - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelles*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 37 et s.

118. En ce sens, cf. CJCE 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, conclusions Ruiz-Jarabo Colomer.

119. MULLER (É) - Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? - *Contrats et marchés publ.*, février 2010, étude 2.

120. BENJAMIN (M-Y) - La mise en concurrence du capital privé des sociétés d'économie mixte ? - *RFDA*, 2005, p. 973.

121. M.-Y. **BS4enjamin** précise que « l'apport en capital deviendra de ce fait l'accessoire de l'engagement de la personne privée qui assure la collectivité locale de son concours, notamment pour exécuter le contrat dévolu à la société d'économie mixte locale » (*idem*, p. 975).

122. Commission des Communautés européennes, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, *op. cit.* ; Commission des Communautés européennes, 15 novembre 2005, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2005/0569 final, *Contrats Marchés publ.*, janv. 2006, repère 1, comm. Llorens et Soler-Couteaux ; Commission des

partenaires de l'entreprise sont intégrés à la société et participent ensemble à la satisfaction des besoins d'intérêt général de la collectivité. La conception développée par la Commission européenne est fondée sur le principe que le recours à une société à capitaux mixtes doit être réalisé en suivant « une procédure équitable et transparente »¹²³, afin de respecter les principes fondamentaux en matière de liberté d'établissement et de libre prestation sur le marché commun¹²⁴.

453. La Commission tire les conséquences du fait que les sociétés d'économie mixte locales ne peuvent réaliser leur objet social que par l'établissement de relations contractuelles avec leurs actionnaires publics. Le choix du partenaire des collectivités territoriales est manifesté par les collectivités lors de la création de la société et non lors de l'attribution du contrat. Cette dernière ne fait que conférer aux sociétés les moyens juridiques de remplir leur objet social et apparaît dès lors largement faussée et surannée¹²⁵. La Commission tient compte de cet état de fait, en proposant que « la sélection du partenaire privé s'accompagne par la création du partenariat public-privé institutionnalisé et l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité mixte »¹²⁶. Les deux étapes de la création de la société et de l'attribution du contrat sont réunies, facilitant le recours à ces structures. Le droit de l'Union européenne tente de mettre fin à « la double infortune des sociétés d'économie mixte », dénoncée par J.-B. Auby¹²⁷. Pour satisfaire les obligations de transparence, le choix de la procédure de sélection dépend du type d'activité que celle-ci exerce relevant, soit des directives marchés¹²⁸, soit des principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lorsqu'aucun texte spécifique ne réglemente l'activité de l'entreprise¹²⁹.

454. Si le principe de la mise en concurrence de l'actionnariat minoritaire des sociétés d'économie mixte locales peut être aisément appréhendé, il n'en reste pas moins déroutant au regard de la conception juridique de la société anonyme. Le droit des sociétés traduit la volonté des associés de travailler à une œuvre commune en vue d'en tirer des bénéfices. La constitution de sociétés commerciales repose sur la négociation entre les futurs actionnaires et est très peu réglementée. La création d'une société est le résultat de

Communautés européennes, 5 février 2008, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, *op. cit.*

123. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *op. cit.*, n° 2.2.

124. Articles 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 49 du Traité instituant la Communauté européenne) et article 56 du Traité (ancien article 43).

125. Dans la pratique de l'économie mixte locale, il est exceptionnel que des collectivités territoriales créent une société d'économie mixte locale sans lui attribuer les contrats correspondant à son objet social. Dans cette hypothèse, la société aurait une existence juridique mais apparaîtrait largement artificielle, n'ayant pas les moyens de remplir son objet social. Sa pérennité serait ainsi remise en question (*cf. infra.*, Titre 2, Chapitre 1).

126. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *op. cit.*, n° 2.2.

127. Pour l'auteur, l'économie mixte est caractérisée par « un phénomène de "prise en sandwich" [...] entre les contraintes de l'entreprise privée et celle de l'entité publique » (AUBY (J-B) - La double infortune des sociétés d'économie mixte locales - *Dr. Adm.*, juil. 1997, repère 7).

128. Directives 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services, *JOUE*, L 134, 30 avril 2004 et 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services, *JOUE*, L 134, 30 avril 2004.

129. CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH Telefonadress*, C-324/98, conclusions Fennelly.

concertations entre les futurs associés sur les enjeux et les modalités de celle-ci. Au contraire, le partenariat public-privé institutionnalisé confirme la prééminence des actionnaires publics puisqu'il leur revient de mettre en concurrence leurs associés privés et, *in fine*, de les choisir sur des critères prédéterminés. Pour autant, l'équilibre du contrat de société, tel qu'il se présente dans le droit de l'économie mixte locale, n'est pas fondamentalement modifié. Les collectivités territoriales sont, de fait, dans une situation déséquilibrée par rapport aux actionnaires minoritaires, si bien que l'existence d'un *affectio societatis* est incertaine¹³⁰. Paradoxalement, la mise en concurrence du capital minoritaire tend à renforcer leur position dans la société. La logique du partenariat public-privé institutionnel est de regrouper au sein d'une structure commune des entreprises qui auraient vocation à se porter candidates à l'obtention du même contrat que la société d'économie mixte locale. La mise en concurrence tend à réduire l'actionnariat dormant en favorisant les prises de participations de personnes intéressées à la réalisation de son objet social. Ceux-ci ont intérêt à ce que la société soit correctement gérée et seront davantage impliqués dans son fonctionnement. En mettant en concurrence l'actionnariat minoritaire, les collectivités territoriales renforcent l'*affectio societatis* des associés, ne serait-ce que par l'instauration d'une démarche de candidature à l'actionnariat. Favorisant l'émergence d'un nouvel instrument d'action économique des personnes publiques, les travaux de la Commission européenne servent de fondement à l'économie des obligations de mise en concurrence dans les relations contractuelles des partenariats public-privé institutionnalisés avec les collectivités territoriales.

§ 2. L'ÉVICTION DE LA MISE EN CONCURRENCE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES DE LA SOCIÉTÉ AVEC LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

455. La portée des propositions de la Commission ne saurait être surévaluée, car elles ne créent aucune réglementation nouvelle et il appartient à la Cour de Justice de l'Union européenne et aux juges nationaux d'interpréter les conditions de leur applicabilité. L'éviction de la mise en concurrence est incertaine au regard du droit de la commande publique (I) et demeure discutable au regard du droit de la concurrence (II).

I. UNE ÉVICTION INCERTAINE AU REGARD DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

456. L'applicabilité de la technique du partenariat public-privé institutionnalisé en droit interne dépend de l'interprétation qu'en donne le juge. Les positions de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Conseil d'État divergent : alors que la première valide la technique du partenariat public-privé institutionnalisé (A), le second s'y oppose (B).

130. Cf. DURAND (G) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 2002, n° 37-38 ; NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *op. cit.*, p. 400-401 ; PELTIER (M) - *op. cit.*, n° 283-305.

A. LA VALIDATION DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ INSTITUTIONNALISÉ PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

457. La validité du déplacement des obligations de mise en concurrence au stade de la constitution des sociétés d'économie mixte locales a été soulevée devant la Cour de Justice de l'Union européenne par le biais d'une question préjudicielle dans l'affaire *Acoset*¹³¹. Un tribunal italien a demandé à la Cour si « un modèle de société d'économie mixte constituée spécialement pour la fourniture d'un service public déterminé à caractère industriel et avec un objet social unique, qui est directement attributaire du service en question, dans laquelle l'associé privé de nature "industrielle" et "opérationnelle" est sélectionné au moyen d'une procédure concurrentielle, après vérification tant des conditions financières et techniques que des conditions véritablement opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et aux prestations spécifiques à fournir [est] conforme au droit de l'Union, et en particulier aux obligations de transparence et de libre concurrence visées aux articles [49, 56 et 106] du traité »¹³². Elle a reconnu la validité d'un partenariat public-privé institutionnalisé, à l'invitation de son avocat général Ruiz-Jarabo Colomer. Selon ce dernier, rien ne s'oppose à ce que les collectivités territoriales mettent en concurrence l'actionnariat privé des sociétés d'économie mixte locales car elles sont libres de s'associer à toute personne de leur choix¹³³. Par conséquent, « il n'y a rien à redire [...] à la publication d'une offre visant à intégrer dans cette société des particuliers disposés à investir dans son fonctionnement »¹³⁴. La Cour de Justice de l'Union européenne a validé ce raisonnement à propos de la concession d'un service public de gestion de l'eau à une société italienne, spécialement créée à cette fin, et dont les actionnaires minoritaires avaient préalablement été mis en concurrence¹³⁵. La décision est circonscrite à l'exercice de missions de service public et fondée sur les principes généraux issus du Traité. Son extension à l'ensemble des contrats et en particulier aux marchés publics au sens des directives « marchés » n'est pas pour autant certaine. Rien ne semble s'y opposer sur le principe, la Cour ayant raisonné en termes suffisamment généraux pour ne pas exclure cette hypothèse¹³⁶.

458. Dans la logique de la Commission, le déplacement des obligations de mise en concurrence au stade de la création de la société est justifié par le souci d'éviter la complexification de la procédure d'attribution du contrat. En effet, « une double procédure (la première pour la sélection du partenaire privé du PPPI, et la seconde pour l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte) est difficilement praticable »¹³⁷. La Commission plaide pour le déplacement des obligations de mise en concurrence et non pour leur suppression. Ce raisonnement est validé par la Cour car il ne heurte pas, en

131. CJCE 15 octobre 2009, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, C-196/08, conclusions Ruiz-Jarabo Colomer.

132. RUIZ-JARABO COLOMER (D) - *op. cit.* - point 27.

133. RUIZ-JARABO COLOMER (D) - Conclusions sur CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, C-196/08, point 107.

134. *Idem*, point 108.

135. CJCE 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, *op. cit.*

136. En ce sens, cf. MULLER (É) - *op. cit.* - n° 29-31.

137. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *op. cit.*, n° 2.2.

soi, les principes directeurs de la commande publique¹³⁸. Mais pour qu'elle soit conforme au droit de l'Union, il faut que soient respectées certaines conditions tendant à garantir que les sociétés soient le lieu de rencontre d'un véritable partenariat.

459. Le partenariat public-privé, qu'il soit contractuel ou institutionnel, est régi par les mêmes principes directeurs. Il s'agit d'un procédé permettant aux personnes publiques d'associer des personnes privées à la réalisation d'activités d'intérêt général. Lorsque le partenariat est institutionnalisé, « c'est la société commerciale qui, en qualité d'attributaire ou de concessionnaire, établit la relation "officielle" [entre le pouvoir adjudicateur et] le destinataire [de l'activité], même si "matériellement" l'activité est exercée par l'associé privé »¹³⁹. L'actionnariat mixte favorise la rencontre des initiatives publiques et privées en vue de la satisfaction de l'intérêt général. Défini en ces termes, le partenariat public-privé institutionnalisé est proche de la société d'économie mixte locale, qui favorise en effet la rencontre entre capitaux publics et privés en vue de la réalisation d'opérations liées à la satisfaction de l'intérêt général¹⁴⁰. Pour éviter cependant que les partenariats public-privé ne se transforment, comme les sociétés d'économie mixte locales, en sociétés dominées par les seules personnes publiques¹⁴¹, l'avocat général préconise que ce soit l'associé privé qui assume, en tant que partenaire industriel, la prestation du service et l'exécution des travaux¹⁴². Cela implique que les collectivités territoriales ne sélectionnent que des partenaires industriels et non simplement financiers, et que ces derniers soient dotés de compétences techniques propres dans les domaines d'activités du partenariat public-privé¹⁴³. La société est ainsi constituée uniquement d'actionnaires intéressés et non de simples *sleeping partners*. La structure de partenariat est privée d'une source importante de financement de l'économie mixte locale¹⁴⁴.

460. Pour que l'économie des obligations de mise en concurrence dans les relations contractuelles n'entraîne pas de nouvelles distorsions de la concurrence, l'avocat général préconise plusieurs conditions à respecter lors de la constitution de la société. D'une part, la société doit conserver un objet social unique durant toute son existence afin qu'elle ne profite pas de son statut pour contourner les règles de mise en concurrence et obtenir des contrats portant sur des activités différentes de celles initialement prévues. En revanche, la circonstance du renouvellement des relations contractuelles n'est pas évoquée. Il ne semble pas cependant que celle-ci soit problématique, sauf si la nature des prestations demandées par les collectivités évolue. Dans cette hypothèse,

138. Pour l'avocat général, « l'absence totale d'appel d'offres dans le cadre de l'attribution de services se marie mal avec les articles [49 et 56 du traité] et avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ». Néanmoins, il relève que « le remède à cette situation réside dans les critères de sélection de l'actionnaire privé » (*idem*, point 109).

139. RUIZ-JARABO COLOMER (D) - *op. cit.* - point 65. Dans l'affaire *Acoset*, l'entreprise a d'ailleurs précisé que l'actionnaire privé est le principal partenaire de l'entité mixte (*Ibid.*).

140. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

141. Cf. *supra.*, Partie 1, et, en particulier, le Titre 2.

142. RUIZ-JARABO COLOMER (D) - *op. cit.* - point 123.

143. L'avocat général encadre la sélection, en précisant que « l'associé privé est choisi sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion, ainsi que des caractéristiques de son offre au regard du service à prester » (*Ibid.*).

144. Sur l'implication des partenaires financiers et du Groupe Caisse des dépôts dans l'actionnariat des sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

la société devra de nouveau présenter sa candidature à l'obtention du contrat afin que les principes européens ne soient pas faussés¹⁴⁵. D'autre part, l'avocat général rappelle que les partenaires privés doivent être choisis selon une procédure conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement applicables à la commande publique¹⁴⁶, comme le préconisait la Commission européenne¹⁴⁷.

461. La Cour, en reprenant le raisonnement de son avocat général dans sa décision *Acoset*¹⁴⁸, a validé une nouvelle exception aux obligations de mise en concurrence des contrats de la commande publique, en marge de la théorie des prestations intégrées. Il ne s'agit pas d'un aménagement aussi radical que celui proposé par l'évolution de la composition du capital des sociétés d'économie mixte locales. Les obligations de transparence ne sont pas supprimées mais seulement déplacées du stade contractuel au stade institutionnel des relations. L'intérêt du recours au partenariat public-privé institutionnalisé est de fait plus limité, puisqu'il ne permet pas d'attribuer le contrat à la structure, en dehors des obligations de mise en concurrence. De plus, l'obligation de choisir des « partenaires industriels »¹⁴⁹ renforce les risques financiers pesant sur les actionnaires publics en cas de faillite de l'entreprise. Les collectivités territoriales ont alors davantage de chances d'être les seuls actionnaires solvables, aux côtés d'actionnaires minoritaires, certes impliqués dans l'activité de l'entreprise, mais sans ressources propres importantes. Enfin, cette jurisprudence fige les compétences de la société au jour de sa constitution, celle-ci ne pouvant pas obtenir librement d'autres contrats avec ses actionnaires publics. Dans le cas contraire, elle devrait se soumettre à une nouvelle procédure de mise en concurrence. Constitué selon une procédure de mise en concurrence, le nouveau contrat ne peut être obtenu qu'au terme d'une nouvelle mise en concurrence, entraînant le retour d'une « double infortune »¹⁵⁰, ou d'une double peine que la création du partenariat public-privé institutionnalisé cherchait à faire disparaître. Loin de résoudre toutes les difficultés, la jurisprudence doit également se concilier avec la législation sur les sociétés d'économie mixte locales et sur celle sur la commande publique française. Sa réception dans l'ordre interne est d'autant plus délicate que le Conseil d'État a conclu à l'impossibilité d'appliquer, en l'état du droit français, une telle solution.

B. L'OPPOSITION DU CONSEIL D'ÉTAT À LA TECHNIQUE DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ INSTITUTIONNALISÉ

462. Saisi d'une demande d'avis consultatif, le Conseil d'État s'est nettement opposé à l'utilisation de l'économie mixte locale comme support d'un partenariat

145. En ce sens, cf. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *op. cit.*, n° 3. La Commission rappelle également que le partenariat public-privé institutionnel étant créé sous la forme d'une société commerciale, il peut se porter candidat à l'obtention d'autres contrats dans les conditions du droit de la commande publique (*Ibid.*).

146. RUIZ-JARABO COLOMER (D) - *ibid.*

147. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *op. cit.*, n° 2.3.1-2.3.5.

148. CJCE, 15 octobre 2009, *op. cit.*, n° 62-63.

149. RUIZ-JARABO COLOMER (D) - *ibid.*

150. AUBY (J-B) - La double infortune des sociétés d'économie mixte locales - *Dr. Adm.*, juil. 1997, repère 7.

public-privé institutionnalisé¹⁵¹. Il a souligné les difficultés d'utilisation de ce procédé en l'état de la législation française, dont les avantages ne sont que « supposés »¹⁵² et qui nécessite « une modification substantielle de l'ensemble des textes applicables » à la commande publique¹⁵³. Le Conseil d'État était saisi de deux modalités différentes de constitution d'un partenariat public-privé institutionnalisé : avant ou après attribution du contrat.

463. L'hypothèse de la constitution d'un partenariat public-privé institutionnalisé précédant l'attribution du contrat est la plus proche de celle validée par le juge de l'Union européenne¹⁵⁴. Les obligations de mise en concurrence sont déplacées du stade de la passation du contrat à celui de la création de la société, celle-ci pouvant obtenir par la suite l'attribution du contrat sans mise en concurrence. Le recours à une « société conjointe à objet unique »¹⁵⁵ est cependant assorti de conditions. Tout d'abord, il ne peut s'agir que de sociétés de projets, constituées essentiellement autour de l'opérateur et de la personne publique responsable de la mission pour l'obtention d'un contrat précis¹⁵⁶. Ensuite, leur durée de vie doit correspondre à la durée du contrat pour l'exécution duquel elles ont été créées¹⁵⁷. Enfin, les actionnaires privés ne peuvent se retirer de la société qu'après autorisation de la personne publique actionnaire et à la seule condition qu'un nouvel opérateur présentant des garanties de capacité équivalentes, quant à l'exécution du contrat, soit trouvé¹⁵⁸. Sous ces réserves, la constitution de telles sociétés est la solution la plus cohérente avec le droit de la commande publique¹⁵⁹.

464. La constitution du partenariat public-privé institutionnalisé peut être réalisée après l'attribution du contrat externalisant l'activité. Le choix du cocontractant de la collectivité est alors réalisé après une procédure de mise en concurrence. À la suite de celle-ci, le candidat retenu est tenu de constituer une structure de partenariat institutionnalisé avec la collectivité puis de lui céder le contrat¹⁶⁰. La formule évoquée par le gouvernement n'est pas caractérisée par sa simplicité, ce qui pourrait lui retirer tout intérêt pratique, en dehors même des recommandations du Conseil d'État. Celui-ci ne s'y oppose pas dans son principe, mais émet de grandes réserves quant à sa mise en œuvre. Celles-ci tiennent en particulier à l'impossibilité de réaliser simultanément la consultation en vue de l'obtention du contrat et la création de la structure de partenariat¹⁶¹.

151. CE Avis, Sect. administration, 1^{er} décembre 2009, n° 383.264, *Rapport public du Conseil d'État, EDCE*, 2010, p. 353 et s., *Dr. Adm.*, août 2010, alerte 54, note Noguellou, *Contrats et marchés publ.*, 2010, repère 9, note Llorens et Soler-Couteaux ; *Contrats et marchés publ.*, déc. 2010, étude 11, note Hoepffner.

152. *Idem*, p. 365.

153. *Idem*, p. 355. Certaines dispositions sont contraires à l'idée d'un partenariat public-privé institutionnalisé. Par exemple, l'article 14 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (*JORF*, 18 février 2009, p. 2841) interdit aux collectivités territoriales de devenir actionnaires des sociétés auxquelles elles ont confié un contrat de partenariat. Le Conseil d'État relève que cette disposition « s'oppose directement à la logique du "PPPI" » et qu'elle devrait être modifiée pour permettre l'émergence de ces sociétés (*Idem*, p. 366).

154. CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, *op. cit.*

155. CE Avis, Sect. administration, 1^{er} décembre 2009, *op. cit.*, p. 362.

156. *Idem*, p. 362.

157. *Idem*, p. 366.

158. *Idem*, p. 367.

159. *Idem*, p. 363.

160. *Idem*, p. 354-359.

161. L'inverse conduirait à « placer les opérateurs devant une compétition dont l'issue serait déterminée, non par la valeur de leur offre, mais par l'acceptation ou non par chacun d'eux de s'intégrer à une société conjointe », ce qui, pour le Conseil d'État, est incompatible

465. La constitution d'une structure de partenariat *ad hoc*, puis la cession du contrat, favorisent la réintroduction de du cocontractant dans la maison. Cette modalité de partenariat public-privé institutionnalisé évoque une certaine circularité de la commande publique. La collectivité externalise la gestion d'une activité publique et choisit pour cela de faire appel à un tiers. Mais celui-ci ne réalise pas cette activité et la cède à un autre tiers partiellement contrôlé par la collectivité.

466. Quelles que soient les modalités de création de la structure de partenariat, le Conseil d'État rejette la possibilité d'attribuer les contrats à des sociétés d'économie mixte locales préexistantes, car la création d'une structure mixte ne doit pas priver l'opérateur des moyens de réaliser l'activité pour laquelle il a été choisi « sur le fondement de ses mérites »¹⁶². Le rapprochement avec la pratique de l'économie mixte locale renforce cette analyse, les actionnaires privés minoritaires étant généralement dans l'incapacité d'exercer un contrôle de la société¹⁶³. Le Conseil d'État valide ainsi, indirectement et sans que cela soit l'objet de son avis, l'idée d'une domination des collectivités territoriales dans leurs relations institutionnelles avec ces sociétés. *A contrario*, pour que le partenariat public-privé institutionnalisé soit conforme aux règles de la commande publique, la répartition du capital et des pouvoirs dans la société doit « refléter la réalité économique des apports des deux partenaires »¹⁶⁴ : la société doit demeurer une structure de partenariat opérationnel et non une technique d'intervention indirecte des collectivités dans le domaine économique. Par contre, rien ne s'oppose à ce qu'une société d'économie mixte locale se porte candidate à l'obtention du contrat et constitue, par la suite, une structure de partenariat en commun avec la collectivité¹⁶⁵. Là encore, le montage souffre d'une très grande complexité, les collectivités étant conjointement actionnaires de leur partenaire contractuel et de la structure de partenariat public-privé institutionnalisé. L'intérêt de recourir aux services d'une société d'économie mixte locale n'apparaît alors plus clairement.

467. Quelles que soient les modalités de sa réalisation, « l'introduction du "PPPI" impliquerait au contraire la mise en place d'un modèle adapté de société commerciale, différent de la société d'économie mixte locale »¹⁶⁶. Pourtant, les différences entre le partenariat public-privé institutionnalisé constitué avant l'obtention du contrat et certaines sociétés d'économie mixte locales ne sont pas aussi flagrantes que le Conseil d'État l'affirme. Lorsque les sociétés d'économie mixte locales sont chargées d'une mission de service public, l'obtention du contrat correspondant à leur objet social en fait des sociétés de projets, vouées à l'exercice

avec les exigences de transparence et d'égal traitement des candidats à la commande publique (CE Avis, Sect. administration, 1^{er} décembre 2009, *op. cit.*, p. 357). Il est donc nécessaire que le choix entre un contrat classique et un contrat assorti de la création d'un partenariat public-privé institutionnalisé soit connu dès le commencement de la procédure de sélection (*Idem*, p. 359).

162. *Idem*, p. 360.

163. Sur la place atrophée des actionnaires minoritaires, *cf. supra.*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

164. *Idem*, p. 360.

165. *Idem*, p. 364-365.

166. CE Avis, Sect. administration, 1^{er} décembre 2009, *op. cit.*, p. 361. Le Conseil d'État ajoute par la suite que les sociétés d'économie mixte locales « ne sont pas le support approprié à la collaboration exclusive d'un opérateur professionnel et d'une personne publique pour la mise en œuvre d'un contrat complexe » (*idem*, p. 365).

d'un nombre restreint d'activités¹⁶⁷ et qui ont vocation à disparaître en cas de non-renouvellement du contrat ou de changement de mode de gestion de l'activité¹⁶⁸. Dans ces sociétés, l'actionnariat minoritaire est généralement spécialisé, favorisant l'émergence de véritables structures de partenariat au sens de l'avis du Conseil d'État¹⁶⁹.

468. L'intérêt du recours au partenariat public-privé institutionnalisé est très relatif : soit la collectivité décide de confier la gestion de l'activité à un tiers et l'habilitation contractuelle est suffisante ; soit elle souhaite la confier à une structure sur laquelle elle exerce une influence prépondérante et elle peut recourir aux services d'une société d'économie mixte locale. Le choix du partenariat public-privé institutionnalisé ne permet pas de contourner les procédures de mise en concurrence et fait peser des contraintes supplémentaires sur la procédure de choix du partenaire.

469. Incertaine au regard du droit de la commande publique, la création des partenariats public-privé institutionnalisés est également discutable au regard du droit de la concurrence.

II. UNE ÉVICTION DISCUTABLE AU REGARD DU DROIT DE LA CONCURRENCE

470. La création d'un partenariat public-privé institutionnalisé revient à supprimer la possibilité pour des concurrents de se porter candidat à l'obtention des contrats de la commande publique. Elle pourrait être qualifiée d'entente¹⁷⁰ ou d'abus de position dominante¹⁷¹. Le cas de figure ne s'est jamais présenté en tant que tel devant les autorités de la concurrence. Mais celles-ci contrôlent régulièrement la pratique proche, quoique distincte, de la création d'un groupement

167. Par exemple, CRC Lorraine, ROD 20 octobre 2005, *Société vosgienne pour le traitement des ordures ménagères (SOVOTOM)* : traitement des ordures ménagères par délégation de service public conclue avec un syndicat mixte départemental ; CRC Pays de la Loire, ROD 30 décembre 2005, *Société des transports urbains de Saumur (STUS)* : organisation et exploitation du réseau de transports par délégation de service public conclue avec la ville.

168. Pour un exemple de non renouvellement d'une délégation de service public de gestion de parking et de dissolution subséquente de la société, cf. CRC Aquitaine, ROD 22 septembre 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux (CUB)*.

169. Par exemple, cf. CRC Lorraine, ROD 17 juillet 2008, *Société messine d'environnement et d'énergie (SEM SOMERGIE)* : société chargée de la protection de l'environnement par la valorisation des déchets urbains, dont Veolia Propreté est le deuxième actionnaire et le principal actionnaire minoritaire, avec 39 % du capital social. Dans les sociétés d'économie mixte locales chargées de missions de transport en communs, l'actionnariat minoritaire est très fréquemment constitué autour de Transdev, filiale de la Caisse des dépôts et consignations spécialisée dans le domaine des transports. Celle-ci apporte un savoir-faire logistique et technique aux sociétés par la fourniture de matériel, la mise à disposition de personnels, etc. (pour une illustration, cf., notamment, CRC Pays de la Loire, ROD 11 mai 2006, *Société d'économie mixte des transports en commun de l'agglomération nantaise (SEMITAN)* ; CRC Lorraine, ROD 28 janvier 2010, *Société d'économie mixte des transports en commun de la région messine (TCRM)*).

170. Sur la notion d'entente anticoncurrentielle, cf., à titre illustratif, BRAULT (D) - *Politique et pratique du droit de la concurrence en France* - Paris, LGDJ, 2004, n° 740-790 ; DECOCQ (A), DECOCQ (G) - *Droit de la concurrence interne et communautaire* - Paris, LGDJ, 3^e éd., 2008, p. 230-249.

171. Sur la notion d'abus de position dominante, cf., à titre illustratif, BRAULT (D) - *op. cit.* - n° 854-944 ; DECOCQ (A), DECOCQ (G) - *op. cit.* - p. 266-280.

momentané d'entreprises en vue de la candidature à un contrat public¹⁷². L'exercice d'activités économiques peut amener des entreprises à se rapprocher et à partager des informations ou à établir des rapports de domination sans que le droit de la concurrence ne prohibe ces pratiques¹⁷³. Le juge judiciaire et le juge administratif ont reconnu la licéité des opérations de groupement momentané d'entreprises en vue de l'obtention d'un contrat public¹⁷⁴. L'Autorité de la concurrence est très réticente face à la constitution d'un tel groupement, même s'il n'est pas permanent. Elle vérifie que sa constitution n'a pas entraîné un appauvrissement de la concurrence par le biais d'une entente ou d'un abus de position dominante et censure l'opération lorsque « le groupement est de nature à éliminer, dans les faits, l'essentiel de la concurrence entre les entreprises appelées à soumissionner »¹⁷⁵. L'appréhension des risques encourus par les partenariats public-privé institutionnalisés au regard des règles de la concurrence peut être évaluée à partir de la transposition du raisonnement adopté par les autorités de la concurrence à propos de certains groupements momentanés d'entreprises.

471. L'Autorité de la concurrence a précisé les modalités de son contrôle lors de sa vérification des modalités de constitution du groupement momentané entre la Régie des transports de Marseille (RTM) et l'entreprise Véolia en vue de l'obtention de la délégation de service public du tramway de Marseille¹⁷⁶. Elle n'a pas censuré l'opération, mais le raisonnement adopté incite à émettre certaines réserves quant au développement des partenariats public-privé institutionnalisés. Pour comprendre la décision et ses enjeux, une présentation des faits de l'espèce est nécessaire. Organisatrice des transports en commun de l'agglomération, la Communauté urbaine de Marseille Provence Métropole (CUMPM) avait initialement confié leur gestion à la RTM. Revenant sur cette organisation, elle a par

172. La démonstration ne peut se limiter qu'à un raisonnement par analogie avec celui retenu pour la constitution de groupements momentanés. Les deux situations présentent des similitudes, telles que la démarche de constituer un groupement en vue de l'obtention d'un contrat et ses conséquences en terme d'absence de concurrence lors de la procédure d'attribution dudit contrat. Pour une approche globale des conditions de licéité des ententes organiques constituées en vue de l'obtention de contrats de la commande publique, cf. BABANDO (J-P), BON (J) 2009 - Groupement d'entreprises - *J. Cl. Contrats et marchés publics*, fasc. 60-50 ; CABANES (C), NEVEU (B) - *Droit de la concurrence dans les contrats publics* - Paris, Éditions du Moniteur, 2008, n° 150-178 ; LOMBART (P) - Le groupe d'entreprises à la recherche d'une personnalité - *RJEP*, 2009, repère 7.

173. Tel est, par exemple, le cas des relations de sous-traitance. Les échanges d'informations économiques opérés dans ce cadre ne seront, par principe, pas considérés comme des ententes. De même, les autorités de la concurrence admettent qu'existent sur un marché des entreprises en situation de position dominante. Seules seront sanctionnées les pratiques conduisant à un abus de ces positions.

174. Pour la Cour d'appel de Paris, « la constitution par des entreprises indépendantes d'un groupement en vue de présenter une réponse commune à un appel d'offres ne saurait, en soi, constituer une pratique prohibée au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce » (CA Paris, 9 novembre 2004, *Société anonyme d'exploitation de l'entreprise (SA SEE) Camille Bayol*, *BOCCRF*, 21 janvier 2005). Le juge administratif considère également qu'une entreprise peut participer à un groupement momentané, et même à plusieurs, dès lors qu'aucune pratique anticoncurrentielle n'est constatée (CAA Paris, 23 novembre 2004, *Département de la Seine-Saint-Denis*, Req. 01PA01119, *Contrats et Marchés publ.*, février 2005, comm. 34, note Eckert).

175. Cons. conc., n° 02-D-17, 12 mars 2002, *relative aux marchés passés pour la rénovation du centre hospitalier de Narbonne*, *BOCCRF*, 27 mai 2002.

176. AC, décision n° 09-D-18, 2 juin 2009, *relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentané d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille* - *Dr. Adm.*, juillet 2009, comm. 97, note Bazex ; *Contrats et Marchés publ.*, août-sept. 2009, comm. 285, note Eckert.

la suite décidé de déléguer ce service par la voie contractuelle, pour partager les risques d'exploitation. Confrontée à la question des modalités de satisfaction des nouvelles exigences de la CUMPM, la RTM a envisagé trois cas de figure : se porter candidate à la délégation avec le risque que la CUMPM rejette son offre en considérant que les risques d'exploitations demeuraient, *in fine*, à sa charge ; créer une filiale avec un partenaire privé ; créer un groupement momentané d'entreprises avec des partenaires privés. Les deuxième et troisième solutions permettaient un partage équivalent des risques mais la régie a fait le choix du groupement temporaire et non de celui de la création d'une entité mixte. Le groupement momentané constitué de la RTM et de Véolia ayant obtenu le contrat de la CUMPM en l'absence d'offres concurrentes, l'Autorité de la concurrence était saisie de la question d'une éventuelle distorsion de la concurrence opérée par la sélection d'un partenaire par la régie en vue de la candidature à l'obtention d'un contrat public. La démarche, même si elle n'a pas abouti à la création d'une société à capitaux mixtes, est cependant instructive pour l'appréciation de la validité de la constitution d'un partenariat public-privé institutionnalisé au regard du droit de la concurrence. Les concurrents de Véolia reprochaient à la régie d'avoir déplacé la mise en concurrence du stade de l'attribution du contrat à celui de la constitution du groupement. L'opération aurait asséché la concurrence, rendant inutile la présentation d'offres à la CUMPM. *In fine*, ils reprochaient à la régie de s'être substituée au pouvoir adjudicateur et d'avoir procédé elle-même à la mise en concurrence. L'Autorité de la concurrence ne rejette pas ce raisonnement, mais estime qu'en l'espèce il n'y avait pas de distorsions de la concurrence car malgré la constitution du groupement, des tiers intéressés pouvaient toujours présenter leur candidature¹⁷⁷. Elle constate que la régie a mis en place un instrument de sélection de son partenaire conforme aux dispositions européennes et ne s'étonne pas de l'attribution au groupement de la délégation, alors même qu'aucune offre alternative n'avait été proposée.

472. La transposition du raisonnement aux relations des partenariats public-privé institutionnalisés avec leurs actionnaires ne permet pas d'affirmer, avec certitude, que les autorités de la concurrence valideront ce mécanisme. Au contraire du groupement momentané, le partenariat public-privé est entièrement orienté vers la mise en place de relations contractuelles en marge des règles de la concurrence. L'Autorité de la concurrence souligne que « les échanges d'informations entre entreprises susceptibles de participer à un groupement ne doivent pas porter sur des éléments de l'appel d'offres tant que le groupement n'est pas constitué »¹⁷⁸. Dans le cas contraire, il y aura une entente, le groupement n'étant instauré que pour contourner les contraintes de l'appel d'offres. De même, la constitution du groupement ne doit pas interdire la présentation d'offres concurrentes pour l'attribution du contrat, car alors le groupement abuserait de sa posi-

177. L'Autorité de la concurrence relève, d'une part que la sélection du partenaire a été réalisé « de façon transparente, équitable et non discriminatoire et qu'elle a approché les entreprises les plus susceptibles de répondre à la demande exprimée par la CUMPM » (*Idem*, point 75) ; que, d'autre part, « il n'a été apporté aucun élément de nature à établir que la RTM aurait joué un rôle actif dans l'accréditation de l'idée selon laquelle elle était un acteur incontournable en vue de l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, tant à l'occasion de la procédure de sélection qu'à celle de l'appel public à candidatures de la CUMPM » (*Idem*, point 78).

178. Cons. conc., n° 06-D-25, 28 juillet 2006, *relative à des relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen*, point 46.

tion dominante. Or, les partenariats public-privé institutionnalisés sont constitués dans le but de contourner les contraintes de la mise en concurrence des relations contractuelles¹⁷⁹. Ils n'ont d'intérêt que s'ils permettent aux collectivités territoriales de leur attribuer les contrats sans mise en concurrence. Il y a alors une confusion entre l'action des collectivités territoriales comme actionnaires et comme pouvoir adjudicateur. La constitution d'un groupement permanent en vue de l'obtention d'un contrat administratif sans mise en concurrence entre en contradiction avec la position adoptée par l'Autorité de la concurrence.

473. Des doutes sérieux peuvent être émis quant à l'adaptation de la technique contractuelle du partenariat public-privé¹⁸⁰ pour contourner les obligations de mise en concurrence de la commande publique. En particulier, cette pratique pourrait être requalifiée d'entente automatique entre les collectivités territoriales et les entreprises du secteur privé, malgré l'existence d'une procédure de mise en concurrence de l'actionnariat minoritaire. Il faudrait, pour que l'entente ne soit pas anticoncurrentielle, qu'elle soit justifiée par des circonstances économiques et techniques particulières. L'appréciation de cette condition, délicate lorsque le groupement est constitué de façon temporaire, l'est davantage lorsque cette collaboration aboutit à la création d'une entreprise commune. Elle privilégie les partenariats public-privé fondés sur un partage de compétences entre les collectivités et des entreprises intervenant dans le domaine des sociétés. Les partenariats public-privé institutionnalisés apparaissent, de ce point de vue, très différents des établissements publics. Alors que pour ceux-ci la délégation de l'activité de service public est réalisée par les statuts de l'établissement et ne nécessite pas la passation d'un contrat, la création d'un partenariat public-privé institutionnalisé n'est pas suffisante et doit être complétée par l'établissement de relations contractuelles.

474. L'avocat général Juiz-Jarabo Colomer plaide, dans ses conclusions sur l'affaire *Acoset*, pour qu'une des conditions de constitution d'un partenariat public-privé institutionnalisé soit l'obligation que l'associé privé assume, en tant que partenaire industriel, la prestation et l'exécution des travaux¹⁸¹. Ces structures, en situation de domination sur le marché du fait de leur mode de constitution, seraient également en position d'abuser automatiquement de cette position dominante en empêchant l'accès à leurs marchés des tiers non-actionnaires.

475. Fondamentalement, il apparaît que la constitution des partenariats public-privé institutionnalisés restreint la concurrence car elle prive d'accès à la commande publique les autres entreprises du secteur. Dès lors que les collectivités territoriales font le choix de recourir à un partenaire contractuel, il leur est impossible de s'affranchir des règles de la commande publique pour le choix de celui-ci. Les partenariats public-privé institutionnalisés présentent d'indéniables avantages tenant à la simplification des conditions de dévolution de l'activité. Mais ces atouts pourraient se transformer en handicaps et limiter leur attrait. Les collectivités territoriales ont intérêt à organiser, malgré la mise en concurrence de l'actionnariat minoritaire, une procédure assurant une transparence minimale lors de l'attribution de leurs contrats. De plus, le recours à cette nouvelle forme de

179. Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *op. cit.*

180. Sur la notion de partenariat public-privé contractuel, *cf.*, notamment, DELVOLVÉ (P) - Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique - *RDI*, 2003, p. 481 et s. ; ECKERT (G) - Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics - *RFDA*, 2006, p. 238 et s.

181. RUIZ-JARABO COLOMER (D) - *op. cit.*, point 123.

partenariat ne les libère pas de leurs obligations de mise en concurrence, mais ne fait que les déplacer. Au final, le recours à cette forme renouvelée du partenariat semble créer de nouvelles contraintes pour les actionnaires publics.

476. La création de partenariats public-privé institutionnalisés et de sociétés publiques locales traduit de deux façons différentes la volonté d'aménager les obligations de mise en concurrence inhérentes aux relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Le contournement des obligations de mise en concurrence est plus prononcé dans les sociétés publiques locales que dans les partenariats public-privé institutionnalisés, ces derniers ne procédant qu'à leur déplacement du stade contractuel à la phase institutionnelle des relations. Ces évolutions entraînent un dépassement de la notion classique d'économie mixte par l'intégration du droit de la concurrence dans la structure de la société ou par son rejet. Parallèlement à l'instauration des sociétés publiques locales, le législateur réfléchit à la possibilité d'adapter la formule du partenariat public-privé institutionnalisé en droit interne, en autorisant la création de sociétés d'économie mixte à capitaux publics minoritaires¹⁸², dans lesquelles l'actionnariat ne serait pas mis en concurrence, les sociétés devant alors présenter leur candidature pour l'obtention des contrats avec les collectivités.

182. BLUM (R) - *Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2009-2010, n° 1915, 8 p. ; DUPONT (J-L) - *Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n° 594, 9 p. Cf. LLORENS (F), SOLER-COUTEAUX (P) - Partenariat public-privé institutionnel et économie mixte locale : à propos d'une proposition de loi - *Contrats Marchés publ.*, août-sept. 2009, repère 8.

CONCLUSION DU TITRE 1

477. L'atout principal des sociétés d'économie mixte locales dans leurs relations institutionnelles avec les actionnaires majoritaires – la mixité du capital social – devient leur principal défaut dans les relations contractuelles. Sociétés commerciales, elles doivent contracter avec les collectivités territoriales pour réaliser leur objet social. La soumission de ces relations contractuelles aux obligations de mise en concurrence est alors justifiée, les sociétés étant suffisamment autonomes de leurs actionnaires publics pour ne pas être assimilées à des prestataires intégrés à ces derniers.

478. Le facteur de désintérêt pour l'économie mixte locale est délicat à dépasser, car il est intrinsèquement lié à la notion d'économie mixte locale. Le législateur a toujours eu une approche englobante de celle-ci. La création d'une société d'économie mixte locale ne correspond pas simplement à un investissement public dans une société commerciale. Elle matérialise un mode de gestion particulier d'une activité publique. Le législateur cherche ainsi à atténuer les conséquences de l'influence de l'Union sur les modes de gestion de certaines activités. Réceptif à cette influence en matière de transparence et d'accès à la commande publique, il a par exemple modifié le régime français des contrats d'aménagement pour permettre à toute personne intéressée de présenter sa candidature à une telle opération. Rétif au recul de l'économie mixte locale comme mode de gestion des missions d'aménagement, il a cependant cherché à renforcer l'attrait des entreprises publiques locales en créant la société publique locale en droit français.

479. La Commission est préoccupée par la double difficulté de préserver les conditions d'une égale concurrence entre les opérateurs, tout en facilitant l'accès des sociétés d'économie mixte locales aux contrats de la commande publique. Elle cherche à revitaliser la technique de la société à capitaux mixtes en simplifiant les relations contractuelles avec ses actionnaires publics. Cette approche prend en compte l'ambivalence des relations des collectivités territoriales avec les sociétés, en procédant au rapprochement entre les aspects institutionnels et contractuels de l'économie mixte locale. Elle ne place pas les partenariats public-privé institutionnalisés dans le champ de la théorie des relations *in house* mais tire toutes les conséquences de l'idée de partenariat. Dès lors que le choix du partenaire des collectivités est effectué en respectant les principes de transparence, peu importe les modalités d'établissement de leurs relations contractuelles. Les obligations de mise en concurrence ne sont pas supprimées – comme dans le cas des sociétés publiques locales – mais simplement déplacées, du stade de la passation des contrats à celui de la création de l'entité mixte.

480. Le déplacement des obligations de mise en concurrence du stade contractuel à celui de la création de la société est une solution plus conforme à la logique de l'économie mixte locale que celle de l'éviction des partenaires minoritaires, qui fait disparaître l'idée même du partenariat. Elle heurte, cependant, les principes fondamentaux du droit des sociétés, en imposant à l'un des associés de choisir unilatéralement ses futurs associés. Le législateur et les autorités de l'Union se sont lancés dans les voies d'une rénovation de l'économie mixte locale qui implique son dépassement. Pourtant, aucun des nouveaux outils ne permet de satisfaire leurs exigences en termes de souplesse d'utilisation. Ils cherchent à renforcer le déséquilibre des relations contractuelles, alors que celui-ci est déjà suffisamment prononcé dans les relations contractuelles, rendant inutiles les obligations de mise en concurrence. La notion d'économie mixte locale n'est pas dépassée dès lors qu'elle est fondée sur une approche relationnelle et non pas simplement organique.

Titre 2

LA NÉCESSITÉ D'UNE APPROCHE RELATIONNELLE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE

481. Les relations institutionnelles et contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont caractérisées par leur complémentarité. Privilégiant une approche fonctionnelle, l'article L. 1521-1 du code permet aux collectivités territoriales, de « créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ». L'un des intérêts de l'étude de ces relations réside dans la compréhension de l'assimilation entre objet social et objet contractuel. L'objet social n'est alors que le reflet des compétences des actionnaires majoritaires et les sociétés sont dans l'obligation de nouer des relations contractuelles avec ces derniers. Leur liberté contractuelle s'en trouve extrêmement limitée puisque, par leurs statuts, ces sociétés doivent être liées conventionnellement avec leurs actionnaires majoritaires. On en déduit alors que la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales est faussée *ab initio*, le choix du partenaire contractuel étant réalisé par l'acte instituant la société et au terme de la procédure de mise en concurrence. Pour autant, il ne faudrait pas croire que les obligations de transparence sont détournées par le recours à l'économie mixte locale. Les sociétés sont, en effet, largement assimilées à des organismes de droit public devant mettre en concurrence leurs propres relations contractuelles. Admettre le dépassement de ces obligations dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec ces sociétés (Chapitre 1) ne modifie pas l'équilibre général de l'économie mixte locale. Il permet tout au contraire de souligner et de condamner la redondance des procédures de mise en concurrence (Chapitre 2).

Chapitre 1

LE DÉPASSEMENT DES OBLIGATIONS DE TRANSPARENCE DANS LES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

482. La Cour de **Justice** refuse de qualifier de prestations intégrées les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, en se fondant sur une conception uniquement organique de l'économie mixte locale. La mixité du capital social serait un révélateur de l'impossibilité, pour les collectivités, d'exercer un contrôle de la société analogue à celui exercé sur leurs propres services. La circonstance que la société soit chargée à titre principal ou exclusif de la satisfaction de besoins publics est insuffisante pour dépasser cette approche. Pourtant, la situation des sociétés s'écarte sensiblement de celles dont les collectivités territoriales ne sont pas actionnaires. Devant entretenir des relations avec leurs actionnaires majoritaires, elles sont pour une large part privées de toute liberté quant au choix d'établir ou non des relations contractuelles avec ces dernières. Cette obligation fragilise la position du juge de l'Union européenne et pourrait permettre de fonder une approche renouvelée de l'économie mixte locale par le juge administratif. Celui-ci a en effet développé une interprétation particulière de la notion de prestation intégrée. Cherchant à appréhender la nature de la personne gestionnaire de l'activité, il ne s'arrête pas à une approche purement organique et prend en compte les liens institutionnels entretenus avec les personnes publiques. Dès lors que la personne privée exerce une activité d'intérêt général sous le contrôle étroit d'une collectivité, le juge tempère l'applicabilité des obligations de mise en concurrence, voire, dans certains cas, qualifie de service public une activité pourtant exercée en dehors du cadre contractuel. Appliquée aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, cette conception permet d'envisager l'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à une technique d'externalisation d'une activité de service public (Section 2) ou, à tout le moins, éclaire quant à l'applicabilité de la théorie des prestations intégrées aux relations contractuelles (Section **D**).

SECTION 1

L'APPLICABILITÉ DE LA THÉORIE DES PRESTATIONS INTÉGRÉES AUX RELATIONS CONTRACTUELLES

483. L'actionnariat des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales n'a de sens que s'il se concrétise par un contrat allouant aux sociétés les moyens juridiques et financiers de réaliser leurs objets sociaux¹. La dépendance des sociétés est parfois tellement prononcée qu'elle conduit le juge à les qualifier de « coquille vide »² et la relation contractuelle de « quasi-régie »³. Les collectivités territoriales utilisent un organisme de droit privé, structurellement indépendant, et pourtant fonctionnellement dédié à leur service. Le rejet de la théorie des prestations intégrées dans ces relations n'a dès lors rien d'évident. D'un point de vue théorique, il paraît possible de soutenir que les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont par essence une prestation intégrée. Dominées institutionnellement par les collectivités territoriales⁴, l'autonomie de leur volonté est fortement diminuée. Les sociétés d'économie mixte locales s'apparentent à des démembrements de leurs actionnaires majoritaires. L'économie mixte locale traduit une technique de filialisation d'une activité publique : les collectivités territoriales agissent comme des entrepreneurs utilisant les sociétés en conciliant, par leur utilisation, un intérêt général et un intérêt économique⁵. La théorie des prestations intégrées s'inscrit dans cette logique de conciliation entre ces deux objectifs apparemment contradictoires. Elle tend à faire prédominer la fonction sur l'organisation de la structure contrôlée, permettant à la personne publique d'intervenir avec davantage de souplesse. Elle est adaptée à aux orga-

1. Ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple topique, la création d'une société chargée du service public des transports en commun d'une ville s'accompagnera nécessairement de l'obtention, par cette dernière, de la délégation de service public du transport urbain des voyageurs. L'inverse entraînerait l'inutilité et, à terme, la disparition de la société, celle-ci n'ayant pas les moyens juridiques de réaliser son objet social. Pour une illustration, cf. CRC Lorraine, ROD 28 janvier 2010, *Société d'économie mixte des transports en commun de la région messine (TCRM)*.

2. Le juge judiciaire emploie en particulier l'expression de « coquille vide » à propos des sociétés dont la création a pour unique finalité de permettre la réalisation des détournements de fonds au profit d'élus locaux (en ce sens, cf. CA Versailles, 22 décembre 2006, *François X et Joël Y*, Inédit). Les chambres régionales et territoriales des comptes usent également de cette expression à propos de sociétés qui n'ont aucune activité. Il en est ainsi d'une société qui sous-traite systématiquement l'intégralité des prestations obtenues par contrat avec ses actionnaires publics et qui ne cherche pas à développer d'activité propre (CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, 18 décembre 2002, *Société d'économie mixte de Saint-Tropez (SEMITROP)*, p. 6-7). L'absence de personnel propre à la société est un indice révélateur d'une « coquille vide » (cf. CRC Champagne-Ardenne, ROD 30 septembre 2003, *Société anonyme d'économie mixte Sparna Distri Énergie*, p. 15). Il en est de même lorsque la société n'a pas d'autre fonction que d'être le relais entre ses actionnaires et des tiers (CTC Polynésie française, ROD 31 janvier 2011, *Société Assainissement des Eaux de Tahiti (SAET)*, n° 2.1.2).

3. Le juge financier relève par exemple que la délégation de service public conclue entre la Société d'économie mixte des transports en commun de la région messine (TCRM) et son actionnaire majoritaire, la Communauté d'agglomération de Metz-métropole (CA2M), laisse peu de marges de manœuvre à l'exploitant, ce qui lui confère « de fait [...] un caractère de quasi-régie » (CRC Lorraine, ROD 28 janvier 2010, *op. cit.*, p. 1).

4. Cf. *infra*, Partie 1, Titre 2.

5. Sur le rapprochement des collectivités territoriales d'entrepreneurs au sens du droit des affaires, cf. DOAT (M) - *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français* - Paris, LGDJ, 2003, p. 255-259.

nismes permettant un partenariat public-privé (§ 1) mais est étonnamment limitée aux structures de coopération entre personnes publiques (§ 2).

§ 1. UNE THÉORIE ADAPTÉE AUX STRUCTURES DE PARTENARIAT ENTRE LE SECTEUR PUBLIC ET LE SECTEUR PRIVÉ

484. En retenant un double critère pour caractériser une relation *in house*⁶, la Cour de Justice de l'Union européenne n'a pas exclu d'emblée les sociétés d'économie mixte locales de son champ d'application. La théorie des prestations intégrées est fondée sur une approche relationnelle (I) qui aurait dû conduire le juge à constater que les sociétés d'économie mixte locales sont des prestataires intégrés (II).

I. UNE THÉORIE FONDÉE SUR UNE APPROCHE RELATIONNELLE

485. La théorie des relations *in house* est d'origine jurisprudentielle⁷. Elle émane plus particulièrement des constructions théoriques élaborées progressivement par les avocats généraux, à la suite des différentes affaires présentées à la Cour de Justice de l'Union européenne. L'analyse de ces conclusions contraste avec les solutions retenues par la Cour. Certains avocats généraux ont en effet proposé une approche beaucoup plus large de la notion de relation *in house*, ne se limitant pas à une analyse capitalistique du partenaire contractuel.

486. La théorie a été mentionnée pour la première fois par l'avocat général La Pergola, dans ses conclusions sur la décision *BFI Holding BV*⁸. Dans ses conclusions – non reprises dans l'arrêt⁹ – l'avocat général souligne que la société « peut être par nature rattachée à la notion d'organe de l'administration publique »¹⁰ et propose d'écarter, sur ce fondement, l'application des principes de transparence dans la procédure de passation du contrat avec les communes. Privilégiant une approche fonctionnelle et cohérente avec les grands principes du droit de la concurrence¹¹, il souligne que les communes « n'ont en aucune façon

6. Nécessité d'un contrôle analogue et d'une activité exercée quasi exclusivement pour le compte de la collectivité territoriale (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, pt 50).

7. Sur la théorie des prestations intégrées, cf. *supra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

8. **LA PERGOLA** (A) - Conclusions sur CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV* - *BJCP*, 1999, n° 2, p. 155 et s. La Cour était saisie des modalités de passation d'un contrat entre deux communes et une société créée par ces dernières et dont l'objet social correspondait à la mission confiée par la voie contractuelle.

9. La Cour ne rejette pas l'analyse de son avocat général, mais n'a pas repris cet élément de sa démonstration car il n'était pas nécessaire à la résolution du litige.

10. À l'appui de sa démonstration, l'avocat général ajoute que « la société n'a pas la nature d'un tiers par rapport aux deux communes, c'est-à-dire qu'elle ne s'en distingue pas en substance » (**LA PERGOLA** (A) - *op. cit.* - point 46).

11. Le droit communautaire ne se limite pas à une approche structurelle – ou personnaliste – de son domaine d'application, et privilégie une vision fonctionnelle. Pour la Cour de justice de l'Union européenne par exemple, « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette activité économique et de son mode de financement (CJCE, 27 avril 1991, *Klauss Höfner et Fritz Elser*, C-41/90, Rec. CJCE I-1979. Cf. GRYNFOGEL (C) - *Droit communautaire de la concurrence* - Paris, LGDJ, 3^e éd., 2008, p. 17-22 ;

eu l'intention de privatiser les fonctions qu'elles assumaient auparavant dans ce secteur » dès lors qu'elles font appel à une société dont l'activité est dédiée à la mission dévolue contractuellement. En se fondant indirectement sur les relations institutionnelles, il arrive à la conclusion que le contrat est une « forme de délégation interorganique qui ne sort pas de la sphère administrative des communes »¹². Les collectivités n'avaient pas l'intention d'investir un nouveau champ de compétence économique, mais seulement de procéder à une réorganisation de leurs services par l'intermédiaire d'un tiers placé sous leur étroite domination.

487. La théorie de prestation intégrée proposée par A. La Pergola est extensive et ne se limite pas à une analyse organique de l'entité partenaire. Au contraire, il est nécessaire de prendre en compte l'ensemble des relations entre les collectivités territoriales et leurs partenaires pour déterminer si ces derniers sont des prestataires intégrés. La Cour ne saurait limiter son analyse au seul contrat conclu et doit rechercher s'il existe des indices démontrant une domination institutionnelle de l'organisme. Les dispositions des directives marchés n'ont vocation à s'appliquer qu'à la condition que le cocontractant du pouvoir adjudicateur « ait effectivement la qualité de tiers »¹³. La Cour a validé le principe de l'analyse relationnelle proposée par l'avocat général, fondée sur la dépendance entre la collectivité territoriale et son cocontractant. Elle a en revanche adopté des critères matériels lui permettant d'avoir une approche objective des prestations intégrées. Dès lors qu'une structure *ad hoc est* créée, peu importe sa nature juridique si son fonctionnement est étroitement contrôlé par la collectivité et qu'elle est dédiée à titre principal à la satisfaction de ses besoins. Les liens entre l'organisme et le pouvoir adjudicateur doivent montrer que ce dernier n'a pas cherché à étendre son intervention dans un domaine concurrentiel, mais seulement à organiser ses services.

488. Essayant de clarifier les conditions de reconnaissance de la théorie, l'avocat général Léger analyse les deux conditions dégagées par la jurisprudence *Teckal*¹⁴. En premier lieu, l'existence d'un contrôle analogue est reconnue lorsque « la capacité de la collectivité à peser sur le fonctionnement du prestataire et l'absence d'autonomie qui en découle pour ce dernier dénie toute réalité au contrat passé entre la collectivité et le prestataire de services »¹⁵. Il n'est pas besoin, pour ce faire, que le cocontractant soit détenu en intégralité par le pouvoir adjudicateur, même s'il s'agit d'une présomption importante de l'existence

DE LA ROSA (S) - Aperçu des réponses normatives du droit communautaire aux changements de l'entreprise - *Entreprises et histoire*, 2004, n° 35, p. 47). De même, la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice, au sens des directives marchés publics de 2004, n'est pas liée à la personnalité morale de droit public de l'entité en question. Seule la finalité et les conséquences de l'action de la personne important, et une société d'économie mixte locale peut se voir reconnaître la qualité de pouvoir adjudicateur au sens du droit communautaire (*cf. infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2).

12. **LA PERGOLA (A)** - *op. cit.* - point 46.

13. **COSMAS (G)** - Conclusions sur CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL - BJCP*, 2000, n° 8, point 53. Reprenant la formule d'A. La Pergola, G. Cosmas conclut que « la directive ne s'applique pas dans le cas où le pouvoir adjudicateur recourt à ses propres ressources pour la fourniture des produits qu'il souhaite » (point 54).

14. **LÉGER (P)** - Conclusions sur CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz - BJCP*, 2001, n° 15, p. 279 et s. Comme dans l'affaire *BFI Holding*, la Cour n'a pas repris ces points dans sa décision car le recours à la théorie des relations *in house* n'était pas nécessaire pour résoudre le cas d'espèce.

15. **LÉGER (P)** - *op. cit.* - point VI-B-1.

du pouvoir de contrôle analogue¹⁶. En revanche, l'existence d'un capital mixte implique que le juge national précise son analyse de la nature des relations. En second lieu, l'avocat général rappelle qu'une « entité n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont prises par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs »¹⁷. Pour que la relation soit qualifiée de prestation intégrée, il faut également que l'organisme soit, dans les faits, dédié à la satisfaction des besoins du pouvoir adjudicateur. Sur ce point également, seules les juridictions nationales peuvent constater l'existence d'une « quasi-exclusivité »¹⁸ des rapports. Dans cette première approche de l'application de la théorie des relations *in house* à des organismes proches de sociétés d'économie mixte locales, P. Léger incite le juge de l'Union européenne à faire œuvre de pragmatisme. Il refuse d'assimiler la mixité du capital à une cause d'exclusion de *facto* et affirme le rôle central du juge national dans l'analyse des relations entre le pouvoir adjudicateur et son cocontractant¹⁹. Il est cependant malaisé de dresser un panorama général de l'appréciation opérée par les juges nationaux de ce constat. En premier lieu, la plupart des législations des États membres n'imposent pas de plafond de participation publique au sein de l'entreprise, renforçant la domination des collectivités territoriales actionnaires²⁰. En deuxième lieu, certaines législations prévoient une mise en concurrence déplacée au stade de la prise de participation de l'entreprise. La question n'est plus alors celle de l'applicabilité de la réglementation de l'Union mais devient celle d'une redondance entre mises en concurrence lors de la constitution de la société, puis pour l'attribution du contrat²¹. En troisième et dernier lieu, une telle interprétation n'a pas été soumise au juge administratif français qui n'a pu se saisir de la question avant que la Cour de Justice de l'Union européenne ne rende sa décision *Stadt Halle*, excluant par principe le recours à la théorie pour les sociétés d'économie mixte locales²².

489. Soulignant que « le critère du contrôle doit être entendu de manière fonctionnelle et non pas formelle »²³, les conclusions de C. Stix-Hackl sur l'affaire *Stadt Halle* s'inscrivent délibérément dans la continuité de celles rendues dans

16. Cf. COSSALTER (P) - Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées - RFDA, 2002, p. 944.

17. LÉGER (P) - *op. cit.* - point VI-B-2.

18. *Idem.*

19. P. Léger rappelle qu'il « faut cependant garder à l'esprit qu'un grand nombre de paramètres permettent de déterminer le caractère effectivement autonome d'une entité ». Selon lui, « dans la mesure où le juge national est seul à disposer de l'ensemble des éléments factuels et juridiques utiles à la solution du litige dont il est saisi et où c'est à lui qu'il revient d'appliquer le droit communautaire à ce litige, il est le mieux placé pour se prononcer avec toute la précision voulue sur la liberté d'action dont dispose tel opérateur par rapport au pouvoir adjudicateur » (*op. cit.*, point VI-B). Sur l'insistance de l'avocat général quant au rôle du juge dans l'analyse des relations, cf. COSMAS (G) - Conclusions sur CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL* - *op. cit.*, part. n° 64-67.

20. Pour un panorama des législations européennes, cf. VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne* - Paris, Dexia, 2004, 173 p.

21. Sur cette question, cf. *supra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 et COSSALTER (P) - *op. cit.*

22. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL* - *op. cit.*

23. STIX-HACKL (C) - Conclusions sur CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREALEUNA* - BJCP, 2005, n° 40, p. 180 et s., point 63.

les affaires précédentes. L'avocat général rappelle qu'une analyse purement abstraite, fondée sur la personnalité morale de l'organisme ou le degré de détention du capital ne saurait être retenue²⁴. Dans son approche, « des entités auxquelles participe un associé privé minoritaire peuvent également remplir le critère du contrôle, [et] l'exception de l'affaire *Teckal* ne vaut pas seulement pour les filiales à 100 %, mais également pour les sociétés d'économie mixte »²⁵. La Cour n'a pas suivi cet argumentaire filé entre les différents avocats généraux et a préféré s'en tenir à une approche davantage organique de la théorie des prestations intégrées²⁶. Reprenant les critères dégagés antérieurement, le juge ne s'est pas attaché à caractériser ce qui, dans les relations de la collectivité avec l'entreprise, pourrait être constitutif d'un contrôle analogue. Bien que rejetée par le juge de l'Union européenne, l'applicabilité de la théorie des relations *in house* paraît pourtant justifiée dans les relations contractuelles.

II. LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES, PRESTATAIRES INTÉGRÉS

490. Le droit de l'économie mixte locale est principalement tourné vers la satisfaction des collectivités territoriales et les relations des sociétés d'économie mixte locales avec leurs actionnaires publics traduisent cette orientation. Cependant, ces relations sont appréhendées isolément par le juge, à l'occasion de litiges ponctuels concernant la passation d'un contrat, de la mise en œuvre d'une action en responsabilité ou d'une procédure de liquidation judiciaire. Il est alors saisi d'une relation contractuelle ou d'une manifestation des relations institutionnelles, mais rarement des deux concomitamment. Sa vision de l'économie mixte locale est nécessairement parcellaire. La perte de vue de l'intégralité des relations est pourtant préjudiciable à la compréhension de l'économie mixte locale. L'analyse des rapports d'observations définitives des chambres régionales et territoriales des comptes est un palliatif particulièrement intéressant car le contrôle de la gestion est nécessairement global, les juges analysant la fonction d'une société sur une période déterminée²⁷.

491. Intervenant en dehors de tout litige, les juges financiers analysent le fonctionnement d'une société dans son ensemble et sont particulièrement attentifs aux relations entretenues avec ses actionnaires majoritaires. Les contrôles de gestion sont souvent l'occasion pour les magistrats financiers de relever l'absence d'indépendance des sociétés d'économie mixte locales par rapport à leurs actionnaires publics. Elles caractérisent ainsi l'existence de véritables relations *in house*, sans forcément recourir à ce concept²⁸. Lors de son contrôle de la SEML Ver-

24. C. Stix-Hackl s'appuie notamment sur la démonstration de P. Léger, selon lequel l'exception du *in house* pouvait être invoquée même pour une participation n'étant que de 50,5 % (*op. cit.* - point 71, citant LÉGER (P) - *op. cit.* - point 60).

25. STIX-HACKL (C) - *op. cit.* - point 70.

26. Sur l'analyse du raisonnement de la Cour dans la jurisprudence *Stadt Halle*, et sur le maintien de cette approche dans les jurisprudences postérieures, *cf. supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

27. Sur les méthodes de contrôles des sociétés d'économie mixte locales, et en particulier sur les contrôles financiers, *cf. supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 3, Section 2.

28. Pour autant, les chambres ne vont pas à l'encontre de la jurisprudence communautaire, et souligne l'impossibilité, pour une collectivité, de confier un contrat à une société d'économie mixte locale sans mise en concurrence préalable (*cf.*, à titre illustratif, CRC Midi-Pyrénées, ROD 11 mai

cors Restauration, la Chambre de la région Rhône-Alpes a par exemple souligné l'existence de « nombreuses caractéristiques l'apparentant à un démembrement de son principal actionnaire »²⁹. Pour la Cour, la détention de 80 % du capital social par la commune³⁰, le transfert d'une partie des effectifs de la commune à la société³¹, la concomitance de l'objet statutaire à l'objet de la délégation de service public³², la proximité de sa création et de l'attribution du contrat³³, ainsi que la nécessité de l'obtention du contrat pour sa survie³⁴ indiquent « une dépendance et une proximité certaine avec la collectivité sous le contrôle de laquelle [elle] est placé[e] »³⁵. La mixité du capital social n'est plus un frein à l'existence d'une domination renforcée de l'actionnaire majoritaire sur la structure privée. La SEML Vercors Restauration est une illustration topique de l'utilisation d'une société par une seule commune³⁶ à des fins d'intérêt général et de l'existence, si ce n'est d'un contrôle analogue, au moins d'une très forte dépendance de ces structures vis-à-vis de leurs actionnaires et partenaires. Elle conduit parfois le juge à reconnaître le caractère fictif d'un contrat conclu entre une telle société et son actionnaire majoritaire³⁷.

492. La dépendance des sociétés d'économie mixte envers leurs actionnaires majoritaires locales est aisée lorsque la société est créée pour gérer une mission de service public. Elle semble plus délicate dans le cas des sociétés d'aménagement, de construction ou de celles chargées d'une autre mission d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales. L'exercice de missions autres que des activités de service public serait favorable à la diversification des activités de la société au profit de plusieurs personnes, traduisant la dilution de la dépendance envers les actionnaires publics. Outre le fait que la multiplication des relations contractuelles des sociétés n'amenuise pas les liens de dépendance institutionnels inhérents à la structure de la société et à

2009, *Commune de Cugnax*, p. 12 : la Cour relève que la signature d'un contrat entre une société d'économie mixte locale et son actionnaire public majoritaire, fondée sur l'article 3-1° du code des marchés publics, est contraire à « une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne » et devrait faire l'objet, lors de son renouvellement, d'une procédure de mise en concurrence).

29. CRC Rhône-Alpes, ROD 11 avril 2005, Société d'économie mixte *Vercors Restauration*, point 1.

30. *Idem*, point 1.1.1.

31. *Idem*, point 1.1.3.

32. La société, est qualifiée d'organisme « sur-mesure » par la Cour (*Idem*, point 1.1.1) : son objet social est lié au « développement de l'activité de la cuisine centrale », tandis que la délégation de service public emporte mise à disposition de l'infrastructure matérielle et des locaux de ladite cuisine (*Idem*, point 1.1.2).

33. La procédure de création de la société est intervenue « simultanément » avec celle de la mise en concurrence de la délégation de service public. Constituée le 18 juillet 1996, la société a obtenu l'exploitation de la cuisine publique dès 1997 (*Idem*, point 1.1.1).

34. La société a été créée pour gérer les équipements de restauration collective appartenant à la ville, mais dont le coût d'exploitation était trop important pour cette dernière. La Cour relève ainsi « combien le sort de la société est intimement lié à l'attribution de ce contrat » de délégation de service public, à tel point que la procédure de désignation de la société n'est que « théoriquement une remise en question à moyen terme » (*Idem*, point 1.1.2).

35. *Idem*, point 1.1.

36. Ces sociétés sont parfois qualifiées de mono-communales (cf. DEVÈS (C) - La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2002, p. 139 et s.).

37. À propos d'un marché public : CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 22 mars 2004, *Société d'économie mixte de Martigues-communication (SEM-COM)*, n° 2 ; à propos d'une délégation de service public : CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 22 mars 2004, *Société d'économie mixte de tourisme de Martigues (SEMOVIM)*, n° 3.5.

son organisation interne³⁸, les collectivités contournent cette difficulté en créant des sociétés dont l'objet social est défini étroitement ou qui ont un périmètre d'intervention réduit³⁹. Même lorsque l'objet social est défini plus largement, l'utilisation de la société reste limitée, à titre principal, aux seuls actionnaires majoritaires. Les relations entre la SEML Metz technopôle, chargée de la création et de la gestion d'un technopôle spécialisé dans le domaine de la communication et du génie logiciel, et de ses actionnaires majoritaires illustrent cette pratique. Lors de son contrôle, la Chambre régionale des comptes de Lorraine a relevé que la société n'était engagée que par deux conventions de mandat conclues avec ses actionnaires majoritaires, alors que son objet social ne limitait pas sa capacité d'une façon *a priori* aussi importante. Les critères de la prestation intégrée ne sont pas repris, mais la chambre conclut implicitement à l'existence d'une relation *in house* en soulignant que les actionnaires majoritaires exercent « une surveillance étroite »⁴⁰, notamment par l'exercice des pouvoirs de direction de l'entreprise par l'un de leurs représentants. En conséquence, la société est « très dépendante et transparente vis-à-vis de ses partenaires publics tant pour des raisons juridiques, financières qu'institutionnelles »⁴¹. Elle est contrôlée par ses actionnaires publics et exerce ses activités à leur bénéfice. Par ailleurs le juge financier n'hésite pas à qualifier une telle société de « démembrement » d'une collectivité territoriale lorsqu'elle ne réalise que des opérations au profit et sous le contrôle de son actionnaire majoritaire⁴².

493. Les observations des chambres régionales et territoriales des comptes tendent ainsi à matérialiser l'existence de relations que la Cour de Justice de l'Union européenne aurait pu qualifier de prestations intégrées. L'approche du juge financier, plus pragmatique que celle du juge de l'Union européenne, ne peut pourtant pas être généralisée à l'ensemble des sociétés, tant la formule de l'économie mixte locale recouvre des situations variables⁴³. Mais elle souligne que la théorie des relations *in house* a vocation à s'appliquer à l'économie mixte locale, pas forcément en tant que principe général, mais au moins comme un facteur explicatif de certaines relations. Les sociétés d'économie mixte locales sont

38. En particulier, les actionnaires majoritaires demeurent les dirigeants des sociétés, lesquelles ne peuvent intervenir que dans des domaines de compétence de leurs actionnaires publics, et sous réserve de l'existence d'un intérêt public local (*cf. supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

39. L'exemple de la Ville de Paris est topique. Pour conserver de larges compétences en matière d'aménagement sur son territoire, la Ville de Paris n'est pas actionnaire de la Société d'aménagement et d'équipement de la région parisienne (SAERP) qui a pourtant vocation à intervenir géographiquement sur le territoire de la région parisienne. Elle a créé quatre autres sociétés spécialisées matériellement et géographiquement dont elle est l'actionnaire majoritaire, parfois aux côtés de la région (la Société d'économie mixte d'aménagement de l'est de Paris (SAMAEST), la Société d'économie mixte d'aménagement de Paris (SEMAPA), la Société d'économie mixte Paris Seine (SEMPARISEINE) et la Société de requalification des quartiers anciens (SOREQA)). Source : annuaire des sociétés d'économie mixte locales, disponible sur le site de la Fédération des entreprises publiques locales (www.lesepils.fr).

40. CRC Lorraine, ROD 9 août 2005, *Société d'économie mixte Metz Technopôle*, n° 3.1.1.

41. *Idem*, n° 3.1.

42. CRC Midi-Pyrénées, ROD 28 novembre 2000, *Société d'économie mixte de construction et de gestion Midi-Pyrénées (COGEMIP)*, point 3.3.

43. Il est ainsi possible, qu'à l'inverse, une société échappe au contrôle de ses actionnaires publics après sa création. Ce peut être particulièrement le cas lorsque le capital est dilué entre de nombreux actionnaires publics, que son objet social est défini largement et qu'elle n'est pas dirigée par un élu local, représentant d'un actionnaire public. Ces circonstances sont cependant rares dans la pratique de l'économie mixte locale.

généralement des démembrements des collectivités territoriales. Cette approche de l'économie mixte locale est validée *a posteriori* par la création des sociétés publiques locales. D'abord cantonnée au secteur de l'aménagement⁴⁴ puis élargie à toute activité d'intérêt général⁴⁵, la formule vise à rendre davantage visible la dépendance des sociétés à l'égard des collectivités territoriales. Celles-ci en sont les uniques actionnaires, mais surtout les sociétés ne peuvent intervenir qu'à leur profit. Les deux critères de la jurisprudence *Teckal* sont implicitement repris par la loi, la détention intégrale entraînant un contrôle analogue ou quasi-analogue et l'exercice de l'objet social étant limité géographiquement au territoire des actionnaires. De ce point de vue, les avancées législatives sont relatives puisque la loi reprend pour une grande part une pratique de l'économie mixte locale déjà observée par le juge financier. L'exclusion dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales de la théorie des prestations intégrées est, dès lors, largement injustifiée. Elle marque cependant un resserrement de la théorie, limitée à la coopération intercommunale.

§ 2. UNE THÉORIE ÉTONNAMENT LIMITÉE AUX STRUCTURES DE COOPÉRATION ENTRE PERSONNES PUBLIQUES

494. Le rejet de la théorie des prestations intégrées dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales limite sa portée. Devant le risque qu'elle ne soit réduite qu'à « des situations quasiment pathologiques »⁴⁶, la Cour de Justice de l'Union européenne a progressivement assoupli certaines de ses conditions de reconnaissance, sans revenir sur l'opposition de principe à l'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des prestataires intégrés. En reconnaissant que les sociétés à capitaux intégralement publics traduisent une relation *in house*, elle a incidemment fait évoluer sa conception de la théorie. Alors que celle-ci n'avait pour objectif que de faire ressortir des liens de domination entre les collectivités et certains prestataires, elle est désormais utilisée pour caractériser l'existence d'une structure de coopération entre collectivités.

495. La Cour a pallié les inconvénients d'une appréhension très restrictive de la théorie des relations *in house* en limitant son application à des structures de coopération entre personnes publiques. Sous couvert d'un assouplissement des conditions de reconnaissance, elle en a en réalité réduit le champ. L'évolution des critères de la prestation intégrée (I) souligne les faiblesses de la théorie dans son ensemble (II).

I. L'ÉVOLUTION DES CRITÈRES DE LA PRESTATION INTÉGRÉE

496. L'évolution de l'interprétation des critères de la prestation intégrée en fait une théorie de plus en plus limitée à des situations de coopération entre

44. Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (ENL), *JORF*, 16 juillet 2006 p. 10662.

45. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL), *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès.

46. ROLIN (F) - Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* - Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle* - *AJDA*, 2005, p. 900.

personnes publiques. Le juge de l'Union européenne a ainsi validé la création de structures de coopération intercommunale *in house* et a étendu le champ d'application de la théorie à la coopération contractuelle entre personnes publiques. Il a assoupli son interprétation des critères des relations avec des organismes de coopération intercommunale (A) et les a abandonnés en cas de mutualisation contractuelle des services (B).

A. L'ASSOUPPLISSEMENT DES CRITÈRES DANS LES RELATIONS AVEC DES ORGANISMES DE COOPÉRATION INTERCOMMUNALE

497. Entre la décision *Teckal* du 18 novembre 1999 instituant la théorie des relations *in house*⁴⁷ et la décision *Asemfo* du 19 avril 2007, consacrant son application pour la première fois dans les relations entre des collectivités territoriales et une société dont elles détiennent l'intégralité du capital⁴⁸, la Cour de Justice de l'Union européenne a systématiquement rejeté les demandes de qualification d'une relation *in house*⁴⁹. Ces rejets systématiques ont laissé penser que la Cour procédait à une « déconstruction » plutôt qu'à une « construction » de la notion au fil de sa jurisprudence⁵⁰. Depuis 2007, elle a infléchi sa position et est désormais plus encline à reconnaître la qualité de prestataire intégré lorsque l'organisme est le support d'une coopération entre collectivités territoriales.

498. En premier lieu, la Cour de Justice de l'Union européenne a assoupli les critères de reconnaissance d'une relation *in house* en permettant à des organismes soumis à un pluri-contrôle d'être des prestataires intégrés⁵¹. D'une part, le juge a précisé la notion d'activité exercée essentiellement pour le compte des pouvoirs adjudicateurs : « la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble »⁵². D'autre part, la relation « *in common house* » selon l'expression d'É. de Fenoyl⁵³, s'accommode de l'existence d'une pluralité de propriétaires

47. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.*

48. CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, *op. cit.*

49. Cf. CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, *op. cit.* ; CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL*, *op. cit.* ; CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, *op. cit.* ; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, *op. cit.* ; CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, *op. cit.* ; CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)*, *op. cit.* ; CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, *op. cit.* ; CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, *op. cit.*

50. LECUYER-THIEFFRY (C), THIEFFRY (P) - Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence : les évolutions en cours - *AJDA*, 2005, p. 927 et s.

51. Cf. CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari*, *op. cit.*

52. CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, *op. cit.*, point 70. En conséquence, « l'activité à prendre en compte dans le cas d'une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités » (*Idem*, point 71). Cette approche a été confirmée par la décision *Asemfo* (CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, *op. cit.*, point 62). En l'espèce, la société effectuait plus de 55 % en moyenne de son activité avec les quatre communautés autonomes et près de 35 % de celle-ci avec l'État espagnol. Il en résulte que la condition de l'exercice de l'essentiel de l'activité est remplie, car la société agissait à près de 90 % pour ses actionnaires publics (*Idem*, point 63).

53. FENOYL (É) de - Le « *in house* » dans tous ses états : du pluri-contrôle public appliqué à l'intercommunalité - *JCP ACT*, juin 2007, étude 2151, n° 2. L'expression « *in common house* » peut se traduire littéralement par « dans la maison commune ». Elle reflète ainsi l'idée d'une collaboration

d'une seule structure, considérés comme détenteurs d'un pouvoir de contrôle de la structure analogue à celui de leurs propres services. La consécration de l'existence d'un pluri-contrôle analogue a été réalisée, dans un premier temps, de façon quelque peu fortuite. Dans ses conclusions sur l'affaire *ANAV*, l'avocat général Geelhoed avait à apprécier la conformité de la législation italienne avec les conditions des relations *in house*⁵⁴. Le texte soumis à l'analyse du juge autorisait des collectivités publiques à créer « des sociétés à capital entièrement public à condition que la ou les collectivités détentrices du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services »⁵⁵. Reprenant le libellé de la jurisprudence *Teckal*, l'avocat général précisait « que l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire, même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte de l'autorité publique, dans l'hypothèse où cette dernière, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »⁵⁶. Pourtant, il déduisait du rapprochement de ces deux constatations que le législateur « s'est à l'évidence conformé à cette jurisprudence »⁵⁷, nonobstant le glissement sémantique entre le texte et la formulation du principe dans la jurisprudence. Cette position a été reprise par l'avocat général Stix-Hackl dans ses conclusions sur l'affaire *Carbotermo*⁵⁸ et traduit le maintien d'un contrôle qualifié d'analogue malgré sa « dilution »⁵⁹ entre plusieurs personnes publiques. La société est dans cette hypothèse assimilée à un organisme de coopération intercommunale et non plus à une société commerciale à laquelle les collectivités délèguent une activité.

499. En second lieu, le juge de l'Union européenne a reconnu la possibilité pour une collectivité et une société d'exercer conjointement un contrôle analogue sur un tiers, à la condition que la société elle-même soit dans une situation de contrôle analogue envers le ou les pouvoirs adjudicateurs. Elle a ainsi validé le principe de la filialisation des prestataires intégrés. Dans l'affaire *Carbotermo*, la Commune di Busto Arsizio détenait 99,98 % de la société AGESP Holding – les 0,02 % restants appartenaient à d'autres collectivités – laquelle possédait 100 % de la société AGESP. La Cour accepte l'idée d'un contrôle analogue dans la relation entre la commune et la filiale de la société qu'elle contrôle⁶⁰. Il s'agissait pourtant d'une société d'économie mixte locale, détenue pour une part infime par des per-

entre pouvoirs adjudicateurs au sein d'une même structure. Sur l'application de la théorie des relations *in house* en cas de pluralité de propriétaires, *cf.*, également, CHAVAROCLETTE-BOUFFERET (S) - Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques. Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du *in house* ? - *AJDA*, 2008, p. 2147 et s.

54. CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)*, *op. cit.*

55. Article 113, § V, sous c), du décret législatif n° 267/00, cité par GEELHOED (L. A) - Conclusions CJCE, 6 avril 2006, *ANAV* - point 15.

56. *Idem*, point 14.

57. *Idem*, point 15.

58. Selon C. Stix-Hackl, « puisque les communes poursuivent des objectifs d'intérêt général, on pourrait au moins au premier abord penser qu'elles satisfont au critère du contrôle même dans son interprétation la plus stricte ». Selon elle, il revient au juge national, saisi du fond du litige, d'apprécier de la réalité du contrôle analogue (*in* - Conclusions sur CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, point 34).

59. FENOYL (É) de - *op. cit.* - n° 17.

60. En l'espèce, la Cour, saisie d'une question préjudicielle, préconisait au juge de renvoi de vérifier que les circonstances de l'espèce ne s'opposaient pas à l'existence d'un contrôle analogue (CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, *op. cit.*, points 33-40).



sonnes privées. Elle admet donc qu'un contrôle analogue puisse exister alors qu'il est exercé conjointement par une personne publique et une personne privée, que la société codétentrice n'est pas un pouvoir adjudicateur⁶¹ et quelle n'est pas détenue en intégralité par celui-ci. La filialisation ne dilue pas l'intensité du contrôle dès lors que la filiale est détenue en intégralité par un prestataire intégré au pouvoir adjudicateur. Tels les « groupes publics »⁶² et les groupements d'entreprises⁶³, la filialisation n'empêche pas la constitution de groupements *in house*.

500. L'assouplissement des critères a été confirmé par la décision *Asemfo*⁶⁴, dans laquelle est admise l'existence d'un contrôle analogue sur une société détenue conjointement par l'État espagnol à hauteur de 99 % du capital et pour le reste, par quatre collectivités publiques. La conclusion d'un contrat avec l'une des collectivités actionnaires relève néanmoins de la théorie des relations *in house* car malgré le pluri-contrôle – par des organismes très différents et dans des proportions très inégales – la législation espagnole prévoit que l'entité est tenue de réaliser les commandes qui lui sont confiées par les pouvoirs publics, dont l'État et les communautés autonomes⁶⁵. Le juge considère que les collectivités *infra-étatiques* exercent un contrôle analogue conjointement avec l'État. Il s'écarte sensiblement de l'analyse adoptée à propos des sociétés d'économie mixte locales, selon laquelle la détention, même infime, d'une partie du capital par une personne privée empêche l'émergence d'un contrôle analogue⁶⁶. Pourtant les contrôles exercés par l'État et par les collectivités sont nécessairement d'une nature différente, notamment parce que ces personnes publiques ne sont pas placées sur un pied d'égalité. La solution est d'autant plus étonnante que la participation publique est pour une large part exercée directement par l'État, mais également indirectement, *via* un fonds de garantie et une société de holding. La Cour ne précise pas dans quelle mesure ces deux entités sont sous la domination étatique et se contente de les assimiler à l'État. L'assimilation de cette entreprise à un prestataire intégré aux personnes publiques demeure fragilisée par les assouplissements auxquels semble procéder la Cour.

501. Le pragmatisme de la notion de prestation intégrée en matière de coopération intercommunale conduit le juge de l'Union européenne à établir une distinction entre contrôle analogue et contrôle identique : il est nécessaire qu'il « soit analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais non pas qu'il soit identique en tout point à celui-ci »⁶⁷. Il peut, dès lors, être morcelé entre différentes collectivités sans que cela ne porte atteinte à son ampleur. Ce raffinement jurisprudentiel fragilise la position adoptée envers les sociétés d'économie mixte locales. Centrée sur la nécessité d'un lien de domination étroit entre un pouvoir adjudicateur et un organisme lui étant dédié, la prestation intégrée devrait être exclusive de toute possibilité de pluri-contrôle, en particulier lorsque les actionnaires ne sont pas de même nature ou qu'ils sont actionnaires *via* des

61. La société AGESP Holding n'était pas partie au contrat entre la commune et la société AGESP.

62. RAPP (L) - *Les filiales des entreprises publiques* - Paris, LGDJ, 1983, p. 519-520.

63. LOMBARD (M) - *Le groupe d'entreprises à la recherche d'une personnalité* - *RJEP*, 2009, repère 7.

64. CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, *op. cit.*

65. *Idem*, points 57-61.

66. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, *op. cit.*

67. CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SPRL*, *op. cit.*, point 46.

sociétés de holdings. Lorsqu'une société est créée conjointement par l'État et d'autres collectivités publiques⁶⁸, admettre l'existence d'un contrôle analogue ne peut être qu'une fiction, car le contrôle que l'État exerce sur ses services ne saurait être de la même nature que celui que les autres collectivités exercent sur les leurs. L'État, par définition souverain, n'est pas limité dans l'exercice de ses compétences et dans ses modes d'organisation, contrairement aux autres personnes publiques.

502. La Cour de Justice de l'Union européenne a dépassé sa jurisprudence initiale en assouplissant fortement les critères de reconnaissance de la relation *in house*. Le refus d'étendre cette jurisprudence à des sociétés dans lesquelles les personnes privées n'ont qu'un rôle secondaire et souvent limité à une participation financière, est d'autant moins justifié. La différence tiendrait de ce que la présence d'actionnaires privés révèle le but économique de l'organisme, alors qu'une structure, même constituée sous la forme d'une société, détenue en intégralité par des personnes publiques demeure une structure de coopération entre personnes publiques, parfois qualifiée de « société coopérative intercommunale »⁶⁹. Dès lors son recours s'inscrit dans une logique d'organisation interne à la personne publique ou commune à plusieurs personnes, alors que les relations contractuelles conclues avec des sociétés à capitaux mixtes constituent une forme de délégation de l'activité à un tiers. Établir une différence objective de degré de contrôle entre ces structures et les sociétés à capitaux mixtes n'est pourtant pas aisé. Le juge financier souligne d'ailleurs que la société d'économie mixte locale peut être un instrument de développement d'une coopération intercommunale. Lors de son contrôle de la Société Environnement polynésien (SEP), la Chambre territoriale des comptes de Polynésie française a constaté que le territoire avait créé une société d'économie mixte locale dans un domaine relevant pourtant de la compétence des communes et de leurs groupements⁷⁰. La chambre ne pouvait pas légitimer l'action du territoire, l'objet social de la société empiétant sur la compétence de collectivités non-actionnaires. Elle ne la condamne cependant pas, rejoignant l'argumentaire du territoire quant aux défaillances de l'intercommunalité dans la gestion de ces activités⁷¹. Elle propose au contraire de transformer la société en une véritable structure de coopération intercommunale et recommande pour cela de favoriser l'introduction des communes dans le capital et au sein des organes délibérants⁷². La société aurait alors vocation à remplir les missions initialement confiées au syndicat intercommunal de traitement des ordures ménagères.

503. La distinction entre les sociétés publiques locales, structures de coopération intercommunales et les sociétés d'économie mixte locales est parfois dépassée, lorsque plusieurs communes décident de créer une société en lieu et place d'un établissement public de coopération intercommunale. Le juge financier a eu l'occasion de stigmatiser cette pratique à l'occasion de son contrôle de la

68. CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, *op. cit.*

69. CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SPRL*, *op. cit.*, point 35.

70. CTC Polynésie française, ROD 24 août 2010, *Société Environnement Polynésien (SEP)* : la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française (*JORF*, 2 mars 2004, p. 4183) a attribué la compétence de la gestion et du traitement des ordures ménagères aux communes (article 43-7).

71. *Idem*, n° 1.2.2.

72. *Idem*, n° 5.

gestion de la Société d'aménagement touristique de l'Alpe d'Huez et des Grandes Rousses (SATA)⁷³. Créée pour gérer les domaines skiables de plusieurs communes et d'un groupement de communes, elle est « une structure pivot », amenée à participer activement à la définition des orientations stratégiques des actionnaires publics. Ceux-ci n'ont plus qu'un rôle second d'approbation des politiques définies par la SATA. La chambre relève que la société prend des décisions qui ne relèvent pas de la compétence d'une société d'économie mixte locale, mais d'une structure de coopération intercommunale publique⁷⁴. Le recours à une société commerciale peut favoriser l'émergence d'une intercommunalité mais ne saurait cependant s'y substituer. Or, l'assouplissement de la jurisprudence de l'Union européenne favorise l'utilisation de telles structures, à la seule condition qu'elles soient intégralement publiques. La différence de traitement entre les sociétés à capitaux mixtes et les sociétés intégralement publiques pourrait avoir un effet paradoxal. Les collectivités pourraient remplacer les structures de coopération intercommunales publiques par de telles sociétés, dans la seule optique de bénéficier de la théorie des prestations intégrées, alors même que les sociétés ne sont pas adaptées à l'exercice d'activités de coopération intercommunale.

504. Les critères de la théorie des prestations intégrées sont assouplis dans les relations des collectivités territoriales avec des organismes de coopération entre personnes publiques. Ils sont écartés lorsque les personnes publiques mutualisent leurs services par la voie contractuelle.

B. L'ABANDON DES CRITÈRES EN CAS DE MUTUALISATION CONTRACTUELLE DES SERVICES

505. Lorsque plusieurs collectivités décident de mutualiser certaines activités sans passer par la création d'une structure dédiée, l'application de la théorie des relations *in house* devrait être exclue. Les contrats conclus entre plusieurs personnes publiques ne manifestent pas la présence d'un prestataire intégré au sens de la jurisprudence *Teckal*. La soumission⁷⁵ aux règles de la concurrence de tels contrats entre personnes publiques aurait cependant été paradoxale dans la mesure où elles sont écartées lorsque les collectivités territoriales recourent aux services d'un organe de coopération intercommunale. La Cour de Justice de l'Union européenne s'est employée à limiter les risques de contradiction entre ses jurisprudences en étendant les effets de la théorie des prestations intégrées, alors même que ses critères de reconnaissance n'étaient pas réunis.

506. Dans l'affaire *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, la Cour de Justice était saisie d'un montage contractuel en deux temps, faisant intervenir plusieurs collectivités territoriales et une société d'économie mixte locale⁷⁶. Par un premier contrat, quatre circonscriptions admi-

73. CRC Rhône-Alpes, ROD 30 août 2004, *Société d'aménagement touristique de l'Alpe d'Huez et des Grandes Rousses (SATA)*.

74. *Idem*, p. 8.

75. Sur la coopération contractuelle entre personnes publiques, cf. DREYFUS (J-D) - *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques* - Paris, L'Harmattan, 1997, 525 p. ; ROLIN (F) - *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques* - Thèse, Université Paris II, 1997, 611 p.

76. CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, conclusions Mazák, *AJDA*, 2009, p. 1715 et s., note Dreyfus et Rodrigues.

nistratives (*Landkreise*) ont décidé de mutualiser l'activité d'élimination des déchets ménagers et chargent le service de la voirie de la Ville de Hambourg de faire procéder à l'élimination physique des déchets. La commune recourt, par un second contrat, aux services d'une société d'économie mixte locale pour la gestion du centre de retraitement des déchets. Elle rejette l'applicabilité de la théorie des prestations intégrées lors de la passation des deux contrats⁷⁷ – comme l'y invitait l'avocat général Mazák dans ses conclusions⁷⁸ – mais refuse d'en tirer toutes les conséquences et écarte les règles de mise en concurrence pour la passation du contrat entre les personnes publiques⁷⁹ – contrairement aux préconisations de l'avocat général⁸⁰.

507. Le contrat conclu entre plusieurs personnes publiques pour la mutualisation de certaines de leurs compétences ne peut être assimilé à une relation *in house*. Aucune des collectivités n'exerce sur le prestataire (le service de la Ville de Hambourg) un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et ce dernier n'a pas vocation à la satisfaction des *Landkreise* cocontractants. L'avocat général en conclut qu'en présence d'un marché public au sens du droit européen et dans l'impossibilité de caractériser une relation *in house*, les règles de mise en concurrence s'appliquent à l'opération de mutualisation des services⁸¹. La Cour s'écarte pourtant de cette solution en retenant que « le contrat litigieux instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination de déchets »⁸². Dans cette perspective, les collectivités n'ont pas cherché à contourner les règles de la passation des marchés publics car le montage constitue « l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale »⁸³. La Cour reprend les conclusions de la théorie des prestations intégrées sans en reprendre les critères de reconnaissance.

508. La Cour ne fait pas référence à la notion d'opérateur économique dans sa décision car elle n'exclut pas le contrat du champ des directives « marchés ». La Ville de Hambourg fournit une prestation aux collectivités, moyennant rémunération, et demeure un opérateur économique. Au terme d'un raisonnement qui « ne brille pas particulièrement par sa clarté ou sa cohérence »⁸⁴, le juge fonde sa solution sur un faisceau d'indices tendant à démontrer que les collectivités n'ont pas cherché à contourner les règles de la commande publique car le contrat a pour objet la mise en œuvre d'une mission de service public commune⁸⁵. Le contrat litigieux n'imposait pas de mode particulier de retraitement des déchets mais comportait seulement l'engagement de la Ville de Hambourg de mettre à la disposition des cocontractants une capacité de traitement annuelle fixe, à charge pour elle de construire et de faire exploiter un centre de traitement des

77. CJCE, 9 juin 2009, *op. cit.*, points 34-36.

78. MAZÁK (J) - Conclusions sur CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, point 31.

79. CJCE, 9 juin 2009, *op. cit.*, points 37-48.

80. MAZÁK (J) - *op. cit.* - point 64.

81. MAZÁK (J) - *op. cit.* - points 40-48.

82. CJCE, 9 juin 2009, *op. cit.*, point 37.

83. CJCE, 9 juin 2009, *op. cit.*, point 38.

84. DREYFUS (J-D), RODRIGUES (S) - La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? - Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne - AJDA*, 2009, p. 1715.

85. Comme le souligne R. Noguellou, il faut relever l'emploi de l'expression de « service public », peu usitée en droit communautaire (*in* - La coopération entre collectivités publiques et le droit communautaire - Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne - Dr. Adm.*, juillet 2009, alerte 46).

déchets (objet du second contrat conclu aux termes d'une procédure de mise en concurrence entre la commune et une société d'économie mixte locale). Cette interprétation extensive des dérogations aux obligations de mise en concurrence est fondée sur la notion de « contrat de simple organisation du service public »⁸⁶. La Cour confirme la distinction sous-jacente dans ses arrêts précédents entre la liberté d'organisation d'un service public et la participation d'un tiers à l'exploitation de ce service. La participation privée au capital d'un organisme chargé d'une telle mission interdit que celle-ci soit associée à l'organisation du service. Le tiers n'est en réalité qu'un collaborateur de la personne organisatrice. Ce n'est pas tant le degré de contrôle de l'organisme **qui importe que** la nature des relations. Celles-ci doivent montrer que l'autorité publique – appréhendée de façon extensive – exerce une activité d'intérêt général « par ses propres moyens », ce qui « ne préjuge [pas de] la passation des marchés éventuellement nécessaires » pour réaliser cette activité⁸⁷. L'application des directives marchés n'est pas contournée – *a contrario* cela signifie que le cocontractant a la qualité d'opérateur économique – mais seulement écartée pour les « contrats de collaboration »⁸⁸.

509. La solution rendue le 9 juin 2009 a été saluée comme « un nouveau pas vers la réconciliation » entre les règles de la commande publique et l'intercommunalité⁸⁹. S'éloignant inhabituellement de son orthodoxie juridique habituelle, la Cour abandonne les critères traditionnels de sa jurisprudence *Teckal* dans le domaine de la coopération intercommunale. Cette nouvelle évolution souligne, s'il en était besoin, les faiblesses théoriques de la notion de prestation intégrée.

II. LES FAIBLESSES THÉORIQUES DE LA NOTION DE PRESTATION INTÉGRÉE

510. Fondée sur l'idée que le cocontractant de la personne publique doit être indépendant de celui-ci mais dédié à son service, la théorie des prestations intégrées ne trouve cependant pas à s'appliquer, alors même que ses conditions sont réunies. Le juge de l'Union européenne est par ailleurs de plus en plus enclin à écarter les règles de mise en concurrence dans certaines relations contractuelles qui ne caractérisent pourtant pas l'existence d'une relation *in house*. La jurisprudence met en lumière les paradoxes intrinsèques de cette théorie.

511. La notion de relation *in house* est fondée sur une contradiction entre ses conditions de reconnaissance et ses effets. Elle est conditionnée par l'existence de deux personnes morales distinctes alors que sa reconnaissance suppose que le partenaire de la personne publique n'en soit pas véritablement un. Cette contradiction est présente dans l'argumentaire de l'avocat général Léger, selon lequel « il est nécessaire que le cocontractant du pouvoir adjudicateur ait effectivement la

86. CHÉROT (J-Y) - *op. cit.* - n° 495 ; FATÔME (É), MÉNÉMÉNIS (A) - Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse - *AJDA*, 2006, p. 67 et s. ; FATÔME (É), RICHER (L) - La découverte, par le Conseil d'État, du contrat de « simple organisation » du service public - *CP-ACCP*, oct. 2004, p. 75 et s. Les auteurs fondent leur analyse sur le fait que le champ d'application des directives marchés dépend de la qualification d'opérateur économique du cocontractant.

87. CJCE, 9 juin 2009, *op. cit.*, points 44-45.

88. NOGUELLOU (R) - *op. cit.*

89. DELALOY (G) - Intercommunalité et marchés publics : un nouveau pas vers la réconciliation – Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission cl Allemagne - Le courrier juridique des finances et de l'industrie*, 2009, n° 57, p. 203

qualité de tiers par rapport à ce dernier »⁹⁰ pour que les obligations de publicité et de mise en concurrence soient applicables. L'accent est mis sur la nécessité de caractériser l'effectivité du tiers cocontractant. *A contrario* il y a relation *in house* à condition que le tiers du pouvoir adjudicateur n'en soit pas vraiment un mais en ait simplement l'apparence. La personnalité morale n'est plus un critère suffisant pour caractériser l'autonomie du partenaire et un contrat passé entre deux personnes morales distinctes peut relever de l'organisation interne des services. Or, l'approche contractuelle nécessite l'existence de deux cocontractants, dotés d'une autonomie de la volonté minimale. La théorie des prestations intégrées nie l'autonomie de la volonté du cocontractant. Elle est ainsi difficilement conciliable avec la notion de contrat.

512. Dans la théorie civiliste du droit des contrats, l'autonomie de la volonté signifie que la volonté des parties est à la base de toute convention. Elle se manifeste lors de la conclusion du contrat par le principe de la liberté contractuelle⁹¹, selon lequel les parties ont la triple faculté de s'engager ou non par la voie contractuelle, de choisir leur cocontractant et de déterminer le contenu de leur engagement. La conclusion d'un contrat permet l'engagement de deux volontés distinctes, et devrait refléter conséquemment une égalité entre les parties, car « l'obligation contractuelle a sa source dans la volonté des parties qui crée, à elle seule et librement, le contrat et tous ses effets »⁹².

513. L'autonomie de la volonté a été fortement remise en cause, dans son étendue⁹³ aussi bien que comme principe directeur du droit des contrats⁹⁴, en particulier dans sa dimension égalitariste⁹⁵. Elle est également difficilement com-

90. LÉGER (P) - Conclusions sur CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz* - op. cit., point IV B (les termes en italiques sont le fait de l'avocat général).

91. CARBONNIER (J) - *Droit civil, Tome 4 Les obligations* - Paris, PUF, 22^e éd., 2000, n° 16. D'une façon plus générale, le principe de l'autonomie de la volonté recouvre trois composantes : la liberté contractuelle ; le principe de la force obligatoire du contrat (article 1134 du code civil) ; celui de l'effet relatif du contrat (article 1165 du code civil). Pour une présentation de ces trois aspects de la liberté contractuelle, cf. LOMBARD (F) - *La cause dans le contrat administratif* - Paris, Dalloz, 2008, n° 294-296.

92. ROUHETTE (D) - La force obligatoire du contrat : rapport français - **Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises** - Paris, LGDJ, 1987, p. 27.

93. Cf. LEVENEUR (L) - La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) - *AJDA*, 1998, p. 676 et s.

94. Sur la remise en cause de l'autonomie de la volonté en tant que principe explicatif du droit des contrats, cf. GHESTIN (J) - *Traité de droit civil. La formation du contrat* - Paris, LGDJ, 3^e éd., 1993, 250 p. ; LOMBARD (F) - op. cit. - n° 308-311 ; COPPENS (P) - Sur l'intention et la volonté dans les contrats - *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Lacier, 2003, p. 83 et s. ; GHESTIN (J) - La notion de contrat - *Droits*, n° 12, 1990, p. 7 et s. En particulier, J. Ghestin relève que « l'analyse positiviste a eu le mérite de remettre efficacement en cause le dogme de l'autonomie de la volonté, en montrant que c'est le droit positif qui confère au contrat sa force obligatoire, l'accord des volontés n'intervenant seulement que comme procédure spécifique de création d'effets de droit », et que, par conséquent, « plus personne ne voit dans les volontés ou dans leur accord le véritable fondement de sa force obligatoire » (*in* - Le contrat en tant qu'échange économique - *Revue d'économie industrielle*, 2000, n° 92, p. 87.)

95. Le Doyen Ripert relevait déjà en 1949 que « l'inégalité des contractants [est] fatale et qu'elle existe dans tous les contrats » (*in* - *La règle morale dans les obligations civiles* - Paris, LGDJ, 4^e éd., 1949, rééd. 1994, p. 101). Le Doyen Carbonnier précise ainsi que « l'autonomie de la volonté n'a jamais été posée comme un absolu dans les lois » et qu'elle se tempère de restrictions de plus en plus nombreuses (CARBONNIER (J) - *Idem*). En particulier, la liberté contractuelle est incompatible avec l'idée de contrat d'adhésion, qui suppose que le cocontractant accepte, sans discussion possible, l'intégralité des clauses contractuelles. Son application est également largement remise en cause en droit de la consommation ou en droit du travail (sur ces questions, cf. LOKIEC (P) - *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels* - Paris, LGDJ, 2004, 500 p.).

patible avec le régime du contrat administratif⁹⁶, bien que le juge administratif⁹⁷ et le juge constitutionnel⁹⁸ en fassent bénéficier les personnes publiques⁹⁹. Elle « n'en conserve pas moins, aujourd'hui, valeur de principe »¹⁰⁰ dans la théorie des contrats, aussi bien civils qu'administratifs¹⁰¹. Pour qu'il y ait relation *in house*, le partenaire du pouvoir adjudicateur doit être un cocontractant doté de la personnalité morale mais ne disposant que d'une liberté de contracter réduite. La satisfaction des critères de reconnaissance de l'organisme dédié – contrôle de l'entité analogue à celui des services et exercice de l'essentiel des activités pour le compte du pouvoir adjudicateur¹⁰² – conduit à constater sa dépendance contractuelle à l'égard du pouvoir adjudicateur. L'organisme dédié ne doit pouvoir exister que par le biais de ses relations avec le pouvoir adjudicateur. Or, l'existence d'un contrat est subordonnée à une indépassable autonomie de la volonté de chaque cocontractant, constituée au premier plan par la volonté de devenir partenaire, c'est-à-dire, *a contrario*, par la possibilité de ne pas vouloir contracter.

514. La théorie des relations *in house* porte atteinte au consensualisme de la relation, à la base de l'existence du contrat¹⁰³. La rencontre de deux volontés

96. MAUGÜÉ (C) - Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs - *AJDA*, 1998, p. 694 et s.

97. Le juge administratif reconnaît l'existence d'une liberté contractuelle des personnes publiques (cf. CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *RDP*, 1984, p. 212 et s., note Auby ; CE, 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, *CJEG*, 1998, p. 269 et s., note Moderne), s'étendant, sous certaines conditions, à l'obtention des contrats administratifs (cf. CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, *RFDA*, 2001, p. 106 et s., concl. Bergeal CE Avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, *RFDA*, 2001, p. 112 et s., concl. Bergeal).

98. Le Conseil constitutionnel est plus circonspect que le juge administratif quant à la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle. Affirmant classiquement qu'« aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » (CC, 94-348 DC, 30 août 1994, *Loi relative à la protection sociale des salariés*), il a cependant précisé, à propos des concessions de distribution de gaz des collectivités territoriales, que le législateur peut « déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1798 » (CC, 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *RDP*, 2007, p. 845 et s., note Gahdoun). Dès lors, la question de la constitutionnalisation de ce principe peut être posée, même si elle n'est pas tranchée en l'état de la jurisprudence constitutionnelle. Sur la discussion relative à la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, cf. à titre indicatif, DUFFEY (A) - La constitutionnalisation de la liberté contractuelle - *RDP*, 2006, p. 1569 et s. ; MODERNE (F) - La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? - *RFDA*, 2006, p. 2 et s.

99. Sur la liberté contractuelle des personnes publiques, cf., à titre indicatif, MAHOUACHI (M) - *op. cit.* ; BRÉCHON-MOULÈNES (C) - Liberté contractuelle des personnes publiques - *AJDA*, 1998, p. 643 et s. ; FORT (F-X) - Les aspects administratifs de la liberté contractuelle - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 27 et s. Il n'existerait pas d'autonomie de la volonté au sens civiliste du terme, mais seulement une certaine liberté – comprise au sens de marge de manœuvre et non de liberté fondamentale – des personnes publiques pour agir par la voie contractuelle (cf., NICINSKI (S) - Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 49 et s. ; PICARD (É) - La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? - *AJDA*, 1998, p. 651 et s. ; STIRN (B) - La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? - *AJDA*, 1998, p. 673 et s.).

100. CARBONNIER (J) - *op. cit.* - n° 16.

101. En ce sens, cf. MAUGÜÉ (C) - *op. cit.*

102. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.* point 50.

103. Comme pour les contrats de droit privé (articles 1108 et s. du code civil), les contrats administratifs sont subordonnés à quatre conditions structurelles de validité : l'existence d'un consentement des parties et leur capacité juridique à se lier par contrat, la licéité de son objet ainsi que l'existence d'une

distinctes¹⁰⁴ est purement formelle car le prestataire intégré n'a pas le choix de contracter ou de ne pas contracter avec le pouvoir adjudicateur. À ce titre, il ne saurait exister de « contrat *in house* »¹⁰⁵, tant les deux termes sont antinomiques. Seules les relations institutionnelles peuvent être qualifiées de *in house*, entraînant l'application d'un régime dérogatoire de passation des contrats.

515. Pour contourner cette contradiction, le juge de l'Union européenne a créé une fiction juridique, fondée sur la préservation de la relation contractuelle. La relation conserve formellement son caractère contractuel même si elle s'apparente davantage à une délégation unilatérale de l'activité. Elle traduit la formule – contradictoire – de l'avocat général Léger selon lequel les principes de transparence ne sont invocables qu'à la condition que le partenaire ait « effectivement » la qualité de tiers¹⁰⁶. La distinction entre les phases institutionnelles et contractuelles de délégation de l'activité est maintenue de façon purement artificielle et ses effets les plus gênants – l'obligation de mettre l'organisme en concurrence alors qu'il a été créé pour réaliser la mission, objet de la délégation – sont obérés. Le juge administratif français s'est progressivement écarté de cette conception restrictive de la relation *in house*. Dans cette perspective, la société d'économie mixte locale peut être envisagée non plus comme un partenaire des collectivités territoriales mais comme une technique d'externalisation d'activités de service public.

SECTION 2

LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE, TECHNIQUE D'EXTERNALISATION D'UN SERVICE PUBLIC

516. Lorsqu'une collectivité territoriale responsable d'un service public souhaite externaliser la gestion de celui-ci en le confiant à un tiers, elle peut recourir aux services d'une société d'économie mixte locale spécialement créée à cet effet. Il est nécessaire que cette dernière soit habilitée à gérer ce service par un acte juridique spécifique¹⁰⁷. Cette habilitation prend alors la forme d'un contrat par

cause. Comme le soulignent les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « les notions fondamentales exprimées en la matière dans le code civil constituent le fonds principal valable pour les contrats administratifs », même s'il sont souvent amendés pour tenir compte de la spécificité de ce droit dérogatoire du droit commun (LAUBADÈRE (A) de, MODERNE (F), DELVOLVÉ (P) - *Traité des contrats administratifs* - Paris, LGDJ, Tome 1, 2^e éd., 1983, p. 532, et sur les quatre conditions, p. 531-560. Sur la notion particulière de cause et son application au droit administratif, cf. LOMBARD (F) - *op. cit.*)

104. Le Doyen Carbonnier définit le consensualisme comme « la rencontre de deux volontés » (*op. cit.*, n° 31).

105. Cf. à titre indicatif, CARANTA (R) - Jurisprudence *Telaustria* et contrats *in house* - Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle* - *Dr. Adm.*, 2009, comm. 22 ; ROLIN (F) - Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* - *op. cit.*

106. LÉGER (P) - Conclusions sur CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz* - *op. cit.*, point IV B. Seul le recours à la fiction de contrat permet d'éviter que la relation ne soit qualifiée de « contrat avec soi-même », insusceptible – par définition – d'être producteur de droits (sur la notion de « contrat avec soi-même », cf. CARBONNIER (J) - *op. cit.* - n° 120. Sur l'application de la théorie aux contrats administratifs, cf. RICHER (L) - *op. cit.* - n° 9).

107. Sur la notion d'habilitation à gérer une mission de service public, Cf. GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *Droit du service public* - Paris, Montchrestien, 2007, 2^e éd., n° 663-694 ; TUSSEAU (G) - *Les normes d'habilitation* - Paris, LGDJ, 2006, 813 p. ; SABIANI (F) - L'habilitation des personnes privées à gérer un service public - *AJDA*, 1977, p. 4 et s.

lequel la personne publique confie la gestion du service à la société. Sortant de ce cadre classique, le juge administratif a été tenté d'étendre aux sociétés d'économie mixte locales sa jurisprudence relative à l'exercice d'activités de service public par certaines associations en dehors du cadre contractuel. Ne retenant pas cette qualification à l'espèce qui lui était soumise¹⁰⁸, la jurisprudence ouvre cependant la voie à la réflexion sur une éventuelle reconnaissance d'une activité de service public institutionnalisée dans la société. L'habilitation contractuelle des sociétés d'économie mixte locales à gérer des services publics (§ 1) peut être dépassée par le constat de l'inutilité du lien contractuel entre les sociétés d'économie mixte locales et les collectivités territoriales (§ 2).

§ 1. L'HABILITATION CONTRACTUELLE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES À GÉRER UN SERVICE PUBLIC

517. Lors de la création d'une société d'économie mixte locale, une ou plusieurs collectivités territoriales peuvent charger la société de la satisfaction d'une mission de service public en incluant celle-ci dans ses statuts¹⁰⁹. La réalisation de cette mission nécessite alors la conclusion d'un contrat par lequel une collectivité confie la réalisation de cette mission à la société, au terme d'une procédure de mise en concurrence. Les fondements de cette dernière sont discutables (I) et son efficacité reste limitée (II).

I. LES FONDEMENTS DISCUTABLES DE LA MISE EN CONCURRENCE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES CHARGÉES D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC

518. Par sa décision du 20 janvier 1993, le Conseil constitutionnel a exclu qu'une délégation de service public puisse être conclue entre une société d'économie mixte locale et une collectivité territoriale sans que la société ait préalablement été mise en concurrence¹¹⁰. Fondant son analyse sur le principe d'égalité, le juge constitutionnel distingue l'établissement public de la société d'économie mixte locale¹¹¹. À l'appui de la décision, D. Pouyaud souligne que « la raison même de l'existence de l'établissement public est la gestion d'un ou plusieurs services publics »¹¹², la délégation de service public apparaissant comme un corol-

108. CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, Rec. 418, *BJCP*, 2007, p. 483 et s., concl. Casas.

109. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

110. CC, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *RFDA*, 1993, p. 902 et s., note Pouyaud.

111. Pour le juge, les sociétés d'économie mixte locales « sont dans des situations différentes des autres organismes susceptibles d'obtenir des délégations de service public au regard des objectifs de transparence et de concurrence poursuivis par la loi » (CC, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *op. cit.*, point 46).

112. *POUYAUD (D)* - Concurrence, transparence et libre administration : à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 - *RFDA*, 1993, p. 909-911. C. Devès reprend ce principe en affirmant que « la société d'économie mixte locale n'est qu'une modalité possible de la gestion déléguée quand l'établissement public est élevé au rang d'un mode de gestion » (*in* - *Société d'économie mixte et gestion déléguée*. La place des SEM dans la gestion déléguée des services publics locaux - *Dr. Adm.*, 1997, chron. 13 (1^{re} Partie), p. 4).

laire à la création de l'établissement. « Service public spécial personnifié »¹¹³, il a par nature vocation à gérer une activité de service public¹¹⁴, à la différence de la société, pour laquelle la gestion d'une telle activité n'est qu'une possibilité offerte par la loi¹¹⁵. Pourtant, la frontière entre ces deux modes de gestion d'un service public n'est pas aussi nette qu'il paraît.

519. Les établissements publics ne sont pas limités à l'exploitation du service public pour lequel ils ont été créés. Dès lors qu'une activité relève de leur domaine de compétence, « aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public »¹¹⁶. La dissociation est de plus en plus prononcée entre les notions d'établissement public et de modes de gestion du service public¹¹⁷. F. Linditch montre ainsi que « quel que soit le régime de droit public ou privé auquel on se réfère, les effets traditionnellement prêtés à la personnalité, regroupés dans la notion classique de capacité juridique, se retrouvent »¹¹⁸. Les personnes morales de droit public sont encadrées plus étroitement que les personnes morales de droit privé, leur action étant limitée par un principe de spécialité attaché à la nature d'intérêt général de leurs activités¹¹⁹.

520. La différence d'approche entre les établissements publics et les sociétés d'économie mixte locales s'explique par le refus du juge constitutionnel d'appréhender le déséquilibre des relations institutionnelles lors de l'analyse des relations contractuelles. Lorsqu'une collectivité est à l'origine de la création d'une société d'économie mixte locale et qu'elle limite son objet social à la réalisation de missions de service public, la capacité juridique de la société est restreinte par un principe proche du principe de spécialité. La dualité des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte fragilise la distinction entre la nature corporative ou fondative des sociétés. **Établie par L. Michoud**, la distinction entre les personnes corporatives ou fondatives repose sur les modalités de représentation du pouvoir au sein de la personne morale¹²⁰. Dans les corporations, l'exercice du pouvoir est inhérent à la structure et réside dans le

113. HAURIOU (M) - *Précis de droit administratif et de droit public* - Paris, Sirey, 12^e éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 280.

114. Sur la notion d'établissement public, cf., notamment, BRACONNIER (S) - *Droit des services publics* - Paris, PUF, 2^e éd., 2007, p. 441-449 ; GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *op. cit.* - n° 719-749 ; VIDELIN (J-C) - Établissement public industriel et commercial et service public - *RRJ*, 2007-1, p. 265 et s.

115. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales : les sociétés d'économie mixte locales sont créées « pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ».

116. CE Avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, *RFDA*, 2001, p. 112 et s., concl. Bergeal. Dans le même sens, CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Rec. 272*, *RFDA*, 2006, p. 1048 et s., concl. Casas.

117. J.-C. Videlin en conclut qu'un « organisme assurant une mission de service public n'est donc pas forcément un établissement public et inversement » (*op. cit.*, p. 268).

118. LINDITCH (F) - *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif* - Paris, LGDJ, 1997, p. 6.

119. Sur la spécialité, cf. notamment DOUENCE (J-C) - La spécialité des personnes publiques en droit administratif français - *RDP*, 1972, p. 758 et s. ; MAUGÜÉ (C) - Les EPIC face au droit de la commande publique - *JCP ACT*, juill. 2009, étude 2198.

120. MICHOD (L), TROTABAS (L) - *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* - Paris, LGDJ, 3^e éd., 1932, p. 209.

groupe qui représente les intérêts collectifs de ses membres. La fondation n'est qu'une technique de représentation personnalisée de l'un des intérêts particuliers des membres du groupe. La société d'économie mixte locale chargée d'une mission de service public est davantage caractérisée par une nature fondative que corporative¹²¹ : à l'image de l'établissement public, elle est créée par et pour une ou plusieurs collectivités territoriales qui lui imposent, de l'extérieur, une « idée d'œuvre » selon la définition de l'institution de M. Hauriou¹²². Celle-ci est incarnée dans la mission de service public contenue par l'objet social de la société. Pour exister, la société doit nécessairement obtenir le contrat pour la réalisation de son objet social, sous peine de n'être qu'une « coquille vide »¹²³. La dimension fonctionnelle des relations avec les collectivités territoriales submerge l'approche personnaliste de l'économie mixte locale, la société étant entièrement orientée vers la réalisation des missions de service public constituant son objet social. L'objet social se rapproche d'une norme d'habilitation, comme l'est le statut pour un établissement public. Le lien entre la société et ses actionnaires publics est parfois tellement prégnant que, plus de quinze ans après l'adoption de la décision du Conseil constitutionnel, les collectivités territoriales continuent de recourir aux services de sociétés d'économie mixte locales sans procéder à la mise en concurrence nécessaire¹²⁴.

521. La différence de nature entre les établissements publics et les sociétés d'économie mixte locales ne permet qu'une appréhension partielle de la réalité des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Le législateur n'a cependant eu d'autre choix que d'abandonner l'idée d'une réglementation spéciale à la passation des contrats. Il a étendu le champ d'application des procédures de publicité et de mise en concurrence aux délégations de service public conclues entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales¹²⁵. Afin d'en diminuer l'impact quant à l'utilisation des sociétés comme

121. Pour une opinion contraire, cf. DURAND (G) - Établissement public local ou SEML ? Bref essai de comparaison juridique - *JCP E*, 1994, suppl. CDE n° 3, p. 27 et s.

122. L'institution est définie comme « une idée d'œuvre qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social » (HAURIOU (M) - La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social - *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, 1925, p. 2). Pour une application de cette théorie aux établissements publics, cf. THÉRON (J-P) - *Recherche sur la notion d'établissement public* - Paris, LGDJ, 1976, p. 11-51.

123. Les chambres régionales et territoriales des comptes usent de l'expression de « coquille vide » de l'administration pour qualifier des sociétés d'économie mixte locales qui, bien qu'ayant une existence juridique propre, n'ont pas d'activité réelle. Il en est ainsi d'une société qui sous-traitait systématiquement l'intégralité des prestations obtenues par contrat avec ses actionnaires publics et qui ne cherchait pas à développer d'activité propre. La chambre relève que la société est « alors en sommeil, "coquille vide" inexistante qui ne disposait d'aucun moyen technique » (CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, 18 décembre 2002, *Société d'économie mixte de Saint-Tropez (SEMITROP)*, p. 6-7) (allant dans le même sens, cf. CTC Polynésie française, ROD 31 janvier 2011, *Société Assainissement des Eaux de Tahiti (SAET)*, n° 2.1.2). L'absence de personnel propre à la société est particulièrement révélatrice, et appuie la qualification de société « coquille vide » (cf. CRC Champagne-Ardenne, ROD 30 septembre 2003, *Société anonyme d'économie mixte Sparna Distri Énergie*, p. 15).

124. Cf. CRC Midi-Pyrénées, ROD 8 janvier 2010, *Commune de Carmaux*, n° 2.4.1 : suite à la transformation de la régie municipale de gaz et d'électricité en société d'économie mixte locale à la fin de 2007, le conseil municipal a autorisé le maire à signer une délégation de service public avec la société. Le juge financier soulève l'irrégularité de la procédure de conclusion du contrat.

125. Les délégations de service public conclues entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales doivent, par conséquent, obligatoirement être constituées conformément aux dispositions du code général des collectivités territoriales (articles L. 1411-1 et s.). Le juge financier a eu l'occasion de rappeler que « si la ville a le libre choix du mode de gestion, il n'en va pas de

mode de gestion d'une mission de service public, le législateur a cependant tempéré les effets de la mise en concurrence, soulignant ainsi les limites à l'efficacité de celle-ci.

II. L'EFFICACITÉ LIMITÉE DE LA MISE EN CONCURRENCE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES CHARGÉES D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC

522. L'obligation de mettre en concurrence les sociétés d'économie mixte locales pour l'attribution des délégations de service public avec leurs actionnaires majoritaires est une opération formelle dont l'efficacité est limitée. D'un point de vue purement pratique, la présence d'une société dont l'autorité délégante est l'actionnaire majoritaire dissuade les éventuels concurrents de déposer une offre pour l'obtention du contrat ou son renouvellement¹²⁶. Lorsque plusieurs offres sont déposées, il arrive parfois que les concurrents de la société d'économie mixte locale se retirent avant la date de clôture de la procédure, au motif que la nature des relations entre le candidat et la collectivité publique rend trop faible leur chance d'obtenir les contrats¹²⁷. Dans la majorité des hypothèses, seule l'offre de la société d'économie mixte locale est agréée par l'autorité délégante, ce qui prive celle-ci de la possibilité de choisir¹²⁸. Même dans l'hypothèse où plusieurs offres sont présentées à l'autorité délégante, celle-ci a toujours la possibilité de choisir *intuitu personae* son délégataire¹²⁹. Le choix d'une autre candidature que celle de la société d'économie mixte locale ou sa non-reconduction est très rare et est souvent justifiée par la volonté de l'autorité délégante de changer de mode de gestion du service¹³⁰. Il peut également arriver que la non-reconduction de la société entraîne une situation de blocage, la personne privée retenue à l'issue de

même en matière de procédure à mettre en œuvre ». En l'espèce, une société d'économie mixte locale affirmait « qu'il appartient au délégant de faire le choix de placer les ouvrages relevant de son autorité dans le champ de la loi du 29 janvier 1993 » (CRC Alsace, ROD 23 février 2007, *Société d'économie mixte des parkings de la Communauté urbaine de Strasbourg*, p. 5).

126. Cf., à titre illustratif, CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 21 juin 2005, *Société d'exploitation du centre de la pêche artisanale Marais*, n° 3-1-2 ; CRC Île-de-France, ROD 28 novembre 2006, *Société anonyme d'exploitation du Palais omnisport de Paris-Bercy (SAEPOP)*, p. 4 ; CRC Rhône-Alpes, ROD 21 janvier 2009, *Commune de Fontaine* (relation avec la SEML Vercors Restauration) n° 4-1 ; CRC Auvergne, ROD 31 mars 2010, *Société anonyme d'économie mixte T2C*, n° 1-3-1.

127. Dans un courrier adressé à la commune organisatrice de la procédure de mise en concurrence, le concurrent ayant retiré son offre explique que « sachant que c'est une société d'économie mixte dont vous détenez la majorité qui est actuellement gestionnaire de cet équipement, et qui à notre connaissance n'a pas démerité, nous pensons réellement que nos chances sont trop faibles par rapport à ce concurrent » (CRC Rhône-Alpes, ROD 25 août 2009, *Société de gestion de Val d'Isère (SOGVALDI)*, p. 6).

128. Cf. CRC Île-de-France, ROD 6 mars 2009, *Société d'économie mixte de Maurepas (SEMAU)*, n° 3-1 : deux offres avaient été proposées à la commune, mais seule celle de la société d'économie mixte locale a été retenue. Alors même que l'offre concurrente contenait formellement la totalité des pièces exigées, elle n'a pas été agréée en raison de l'insuffisance de garanties professionnelles de la société.

129. Article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales. Cf. BRACONNIER (S) - *op. cit.*, p. 533-538 ; MARCOU (G) - La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 - *RFDA*, 1994, p. 875 et s.

130. Par exemple lorsqu'une collectivité souhaite confier la gestion du service à un établissement public industriel et commercial créé spécialement à cette fin, elle peut attendre l'approche de la fin du contrat pour créer la nouvelle structure, laquelle prend en charge le fonctionnement opérationnel

l'offre n'étant pas en mesure d'assumer les mêmes modalités de fonctionnement de l'activité qu'une société appartenant au secteur public local. Par exemple, lorsque le contrat de délégation de service public pour la gestion des parcs de stationnement de la Communauté urbaine de Bordeaux est arrivé à son terme en 2004, l'autorité délégante a décidé de ne pas renouveler la convention de délégation de service public conclue avec la SEM « Bordeaux Parcs Auto » (BPA), lui préférant l'offre d'un concurrent de droit privé. Cependant, les discussions entre l'autorité délégante et la société ont échoué en raison de l'impossibilité pour le nouveau délégataire d'assurer des conditions de reprise des personnels qui satisfassent la communauté urbaine. Suite à la rupture tardive des négociations, elle n'a pas eu le temps d'organiser une nouvelle procédure d'attribution de la délégation de service public. Devant les risques de cessation de l'activité, la communauté urbaine a été contrainte de reprendre l'exercice de l'activité et a créé à cette fin une régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale. Privée des moyens juridiques pour son objet social, la société d'économie mixte locale a été dissoute courant 2005¹³¹. Dans la majorité des situations, cependant, la société créée pour l'obtention du contrat de délégation de service public obtient celui-ci au terme de la mise en concurrence, puis son renouvellement à échéance. Pour pérenniser cet état de fait, le législateur a procédé à quelques aménagements à la réglementation sur les délégations de service public au profit des sociétés d'économie mixte locales.

523. La loi du 2 janvier 2002 instaure un mécanisme permettant de limiter les inconvénients de l'application obligatoire des principes de la commande publique¹³². Depuis la réforme de 2002, l'article L. 1411-1 alinéa 2 précise que « les garanties professionnelles [des candidats à la délégation de service public] sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes ». Cette disposition est en réalité destinée à favoriser les dossiers présentés par des sociétés d'économie mixte locales.

524. En modifiant le régime général d'attribution des délégations de service public, le législateur a expressément pris en compte la nature particulière des sociétés d'économie mixte locales. L'article L. 1411-1 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales apporte deux précisions d'apparence anodines, mais qui sont *in fine* destinées à favoriser les sociétés d'économie mixte locales. En premier lieu, les collectivités peuvent désormais apprécier les garanties professionnelles des candidats « dans la personne des associés », alors qu'avant la réforme elles

de l'activité à la fin du contrat. La société n'est pas nécessairement dissoute immédiatement. Si elle n'était pas titulaire d'un autre contrat elle n'a alors plus aucune activité et à vocation à disparaître (CRC Poitou-Charentes, ROD 4 mai 2009, *Régie des transports poitevins VITALIS*, n° 1).

131. CRC Aquitaine, ROD 22 mai 2008, *Régie communautaire des parcs de stationnement (PARCUB)*, p. 2 ; CRC Aquitaine, ROD 22 septembre 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux (CUB)*, n° 4.3.1.

132. Sur l'aménagement du code général des collectivités territoriales pour tenir compte des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, cf. DEVÈS (C) - La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2002, p. 147 ; BOITEAU (C) - La société d'économie mixte locale, délégataire de service public - *AJDA*, 2002, p. 1319 ; BOITEAU (C) - Les sociétés d'économie mixte locales et les contrats de délégation de service public - *RFDA*, 2005, p. 947.

ne pouvaient qu'examiner leurs garanties professionnelles propres¹³³. L'autorité délégante se trouve alors dans une situation étonnante, devant apprécier les garanties professionnelles d'une société candidate, aux vues de ses propres garanties apportées en tant qu'actionnaires. Les deux types de relations – institutionnelles et contractuelles – se confondent, conduisant la collectivité à attribuer un contrat et à être la caution de sa correcte exécution. Il est dès lors difficilement envisageable que l'offre de la société soit rejetée, même si celle d'un concurrent apparaît sérieuse¹³⁴. En second lieu, la présentation d'une offre n'est plus limitée aux sociétés dont l'existence est avérée, mais peut être réalisée par n'importe quelle société en cours de création. Le code permet un gain de temps lorsque les collectivités territoriales choisissent d'externaliser des activités de service public. Elles peuvent désormais créer de nouvelles sociétés, parallèlement au lancement de la procédure d'attribution du contrat correspondant à l'objet social de la société¹³⁵. La société en cours de constitution n'a pas à se justifier d'une expérience dans la gestion du service. Seules ses garanties professionnelles pourront être appréciées¹³⁶. Sous couvert d'une rédaction généraliste, la disposition tend très clairement à favoriser les sociétés d'économie mixte locales.

525. Le texte vise à concilier les principes dégagés par la décision du Conseil constitutionnel en 1993 avec la volonté du législateur de consacrer la spécificité des sociétés d'économie mixte locales chargées d'une mission de service public¹³⁷. La généralité de la rédaction de l'article L. 1411-1 alinéa 2 n'est que formelle et est destinée à préserver une apparence d'égalité entre les sociétés d'économie mixte locales et les autres candidats dans la procédure d'obtention des délégations de service public. Mais elle « crée indéniablement un judicieux compromis, au pro-

133. Article L. 1411-1 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales.

134. À titre illustratif, cf. CRC Languedoc-Roussillon, ROD 12 janvier 2010, *Société d'économie mixte de promotion et d'animation du Barcarès (PROMABA)*, n° 1-2-1 : l'offre concurrente à celle de la société d'économie mixte locale n'avait pas été agréée par l'autorité délégante, au motif que la société « ne présente aucune référence dans le domaine du service public objet de la consultation, dans la mesure où les références données ne concernent qu'une partie des prestations objet de la mise en concurrence, notamment la gestion et l'exploitation de piscines ». Or la chambre régionale et territoriale des comptes relève que la société avait des références démontrant « sa position de leader du secteur de la gestion déléguée de piscines et des patinoires ». Le refus d'agrément semble donc justifié par d'autres considérations.

135. *A contrario*, « une collectivité locale qui projette de confier la gestion déléguée d'un service public à une SEM locale dont elle initie la création n'aura pas à parachever celle-ci si elle retient, à l'issue de la procédure – contre toute attente il est vrai – l'offre d'un autre candidat (BOITEAU (C) - La société d'économie mixte locale, délégataire de service public - *op. cit.*, p. 1319).

136. Pour une illustration, cf. CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD 21 juin 2005, *Société d'exploitation du centre de la pêche artisanale Maréïs*, n° 3-1-2 ; CRC Auvergne, ROD 18 octobre 2007, *Société anonyme d'économie mixte locale de Royat-Chamalières Tourisme*, p. 9.

137. Le rapporteur J. Darne justifie l'approche retenue par la volonté de ne pas « remettre en cause les principes dégagés par [la décision du 20 janvier 1993 du] Conseil constitutionnel » tout en apportant « une réponse aux difficultés rencontrées par les sociétés d'économie mixte » (*in* - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3137, p. 47). Dans son rapport, P. Girod souligne également que par cette rédaction générale « l'égalité de traitement des candidats sera ainsi pleinement assurée » (*in* - *Rapport fait au nom de la commission des Lois sur la proposition de loi sur la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 77, p. 42). Le législateur redoutait une nouvelle censure du Conseil constitutionnel en cas d'affirmation d'une spécificité des sociétés d'économie mixte locales.

fit des SEM locales, entre procédure et réalité »¹³⁸ en sauvant l'apparence d'un maintien de l'égalité des candidats tout en adoucissant les effets de la mise en concurrence¹³⁹.

526. Les relations institutionnelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales ne permettent pas, en l'état de la jurisprudence, de justifier l'éviction des règles de la commande publique lors de la conclusion de contrats entre les collectivités et les sociétés. Pourtant, elles ont vocation à être complétées par des relations contractuelles et dénaturent largement la procédure de mise en concurrence en la rendant inefficace. La liaison étroite entre l'objet social et l'obtention quasiment systématique du contrat conduit à se poser la question de la pertinence du maintien de la relation contractuelle.

§ 2. L'INUTILITÉ DU LIEN CONTRACTUEL ENTRE LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES ET LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

527. À l'image des établissements publics, les sociétés d'économie mixte locales sont dans une relation de dépendance institutionnelle tellement marquée par rapport aux collectivités territoriales que leur nature corporative s'efface. Elles ne permettent, théoriquement, qu'une rencontre de volontés convergentes entre les acteurs du secteur public et du secteur privé en vue d'un intérêt commun. Elles se présentent davantage comme une structure fondative, chargée institutionnellement d'une mission de service public par ses actionnaires majoritaires. Le partenariat public-privé est une technique d'association de partenaires, autres que des collectivités territoriales, pour la réalisation d'une activité d'intérêt général. L'implication des collectivités territoriales actionnaires dans le fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales permet d'envisager que celles-ci soient par nature chargées de missions de service public, malgré la formulation générale de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales¹⁴⁰. Elles ont institutionnellement vocation à gérer une activité d'intérêt général, assumée par les collectivités territoriales¹⁴¹ par l'intermédiaire de leurs relations institutionnelles

138. BOITEAU (C) - La société d'économie mixte locale, délégataire de service public - *op. cit.*, p. 1319.

139. D'ailleurs la procédure adoptée pour la modification de l'article L. 1411-1 alinéa 2 du code – lors de la réforme du statut des sociétés d'économie mixte locales – incite également à considérer que cette modification était destinée à avantager principalement les sociétés d'économie mixte locales.

140. Selon le code, elles sont créées « pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ». Le service public n'est donc qu'un type de mission pouvant être confié aux sociétés d'économie mixte locales.

141. La définition du service public, même si elle n'a jamais fait l'objet d'un consensus entre le juge administratif et la doctrine, est caractérisée par sa nature d'intérêt général et le lien organique indépassable avec une personne publique, que le service soit assuré ou simplement assumé par celle-ci (CHAPUS (R) - *Droit administratif général* - Paris, Montchrestien, Tome 1, 15^e éd., 2001, 1427 p., Tome 2, 15^e éd., 2001, p. 579). Pour une présentation de l'évolution des conceptions doctrinales et jurisprudentielles de la notion de service public, cf. notamment, BRACONNIER (S) - *op. cit.* - n° 105-246 ; GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *op. cit.* - n° 12-322 ; BIGOT (G) - Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif - *RFDA*, 2008, p. 1 et s. ; CHEVALLIER (J) - Essai sur la notion juridique de service public - *Publications de la Faculté de droit et de sciences politiques et économiques d'Amiens*, 1976-1977, n° 7, p. 138 et s.

avec les sociétés. L'approche fonctionnelle de l'économie mixte locale permet d'envisager les sociétés d'économie mixte locales comme des sociétés chargées par nature de missions de service public (I), auxquelles les collectivités territoriales devraient, en conséquence, pouvoir recourir hors du cadre contractuel (II).

I. L'EXERCICE DE MISSIONS DE SERVICE PUBLIC PAR LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

528. « Notion protéiforme »¹⁴² par excellence, le service public ne se réduit pas à l'exercice d'une activité d'intérêt général par une personne publique. Depuis que le juge administratif a admis la possibilité qu'une personne privée soit chargée d'une telle activité¹⁴³, la nature des relations entre la personne assurant le service et celle qui en assume l'exercice n'a cessé d'être précisée. Lorsque la personne publique délègue l'activité par la voie contractuelle, la situation est sans équivoque et le critère organique du service public suffit pour sa qualification. Mais lorsqu'une personne privée exerce une activité d'intérêt général de sa propre initiative, le recours au critère organique est insuffisant et ne permet plus de savoir si l'activité peut recevoir ou non le « label » de service public¹⁴⁴. Le juge administratif recourt alors à un faisceau d'indices lui permettant de caractériser l'existence d'une telle mission dans l'activité d'une personne privée. Présentés dans la décision *Narcy*, les indices de la présence d'une mission de service public sont liés à la nature d'intérêt général de l'activité, à l'existence d'un droit de regard de l'administration sur son fonctionnement et à l'exercice de prérogatives de puissance publique par la personne¹⁴⁵. Même si la date du 28 juin 1963 est à « marquer d'une pierre blanche »¹⁴⁶ en ce qu'elle apporte pour la première fois des éléments matériels de définition du service public, les critères retenus excluent d'une telle qualification les activités des sociétés d'économie mixte locales. Comme la plupart des personnes privées, elles peuvent exercer des prérogatives qui leur sont confiées par la voie contractuelle¹⁴⁷, mais aucun de leurs pouvoirs n'a jamais été qualifié comme tel par le juge administratif. L'affinement des critères par la jurisprudence *APREI*¹⁴⁸ et leur inapplication circonstanciée à une société d'économie

142. BRACONNIER (S) - *op. cit.* - p. 155.

143. La possibilité pour une personne privée d'exercer une mission de service public a été reconnue pour la première fois dans le domaine social (CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et Protection »*, Rec. 417), avant d'être étendue, notamment à la sphère économique (CE, Ass. 31 juillet 1942, *Montpeurt*, Rec. 239). Pour une présentation historique de l'évolution des modes de gestion du service public, cf. CHEVALLIER (J) - *op. cit.*

144. TRUCHET (D) - Nouvelles d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public - *AJDA*, 1982, p. 427.

145. CE, 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, Rec. 401, *AJDA*, 1964, p. 91 et s., note de Laubadère.

146. WALINE (M) - Note sous CE, 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, *RD*, 1963, p. 1186.

147. Par exemple les sociétés peuvent exercer des pouvoirs d'expropriation liés à une opération d'aménagement (cf. à titre illustratif, CRC Guadeloupe-Guyane-Martinique, ROD 20 avril 2007, *Société d'économie mixte Société d'étude et de réalisations multiples (SEMSEROM)*, n° 3 ; CRC Île-de-France, ROD 25 mars 2009, *Société d'économie mixte Courbevoie Danton (SEMCO-DAN)*, n° 3.1). Cf. DURAND (G) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 2002, n° 106.

148. CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour handicapés (APREI)*, Rec. 92, *JCP ACT*, mars 2007, comm. 2066, concl. Vérot, et note Rouault, *AJDA*, 2007, p. 793 et s., note Lénica et Boucher, *JCP. G.*, 2007, I, 166, note Plessix.

mixte locale dans la décision *UGC-Ciné-Cité*¹⁴⁹ conduisent cependant à repenser cette qualification.

529. Pour la qualification d'une mission de service public, le Conseil d'État rappelle dans sa décision *APREI* que l'intention du législateur prime, que celui-ci ait entendu qualifier l'activité de service public ou au contraire en exclure cette qualification¹⁵⁰. À défaut, une personne privée reste chargée d'une mission de service public si elle remplit les critères de la jurisprudence *Narcy*. Mais, et là se situe l'apport de la jurisprudence *APREI*, « même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ». Le juge recherche l'intention de l'administration, dans une approche téléologique de la notion de service public¹⁵¹.

530. Saisi de la question de l'application des critères de l'arrêt *APREI* dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, le juge administratif apporte une réponse nuancée dans sa jurisprudence *UGC-Ciné-Cité*. Les circonstances de l'espèce éclairent le raisonnement du juge. La SEM « Palace Épinal », dont la commune d'Épinal est l'actionnaire majoritaire, exploite sur le territoire communal un cinéma. Pour remplacer cet équipement, la société a fait une demande d'autorisation à la commission départementale d'équipement cinématographique des Vosges. Celle-ci lui ayant été délivrée, la Société UGC-Ciné-Cité a alors demandé à la commune de lui transmettre la délégation de service public sur le fondement de laquelle l'autorisation aurait été accordée. S'étant confrontée à une réponse négative de la commune au motif qu'une telle délégation n'existait pas, la société a saisi le juge des référés précontractuels d'une demande de constatation d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence¹⁵². Selon cette dernière, l'activité cinématographique est une activité de service public, qui n'aurait dû être attribuée à la société d'économie mixte locale qu'à la suite d'une procédure de mise en concurrence. Le juge administratif n'a pas eu besoin de répondre à la seconde question, estimant qu'en l'espèce l'activité n'avait pas le caractère d'une mission de service public. Cependant cette solution, qui ne saurait présenter un caractère général, peut être discutée au vu des faits de l'espèce.

149. CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, Rec. 418, *BJCP*, 2007, p. 483 et s., concl. Casas, *AJDA*, 2007, p. 2260 et s., note Dreyfus, *Contrats Marchés publ.*, nov. 2007, comm. 308, note Eckert, *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2125, note Linditch, *Dr. Adm.*, déc. 2007, comm. 165, note Ménéménis, *RRJ*, 2008, p. 2317 et s., note Millett, *RJEP*, 2008, comm. 19, note Moreau, *JCP. G.*, 2007, I, 214, note Plessix.

150. *Idem*. La décision se place ainsi dans une continuité jurisprudentielle indéniable, le Conseil d'État ayant toujours procédé à la recherche de la volonté du législateur depuis qu'il reconnaît qu'une personne privée peut être chargée d'une telle mission (CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection*, *op. cit.*). En ce sens, cf. CHEVALLIER (J) - *op. cit.* - p. 157-161.

151. Sur la méthode du faisceau d'indices, cf. COLIN (F) - L'utilisation d'indices concordants en droit administratif - *AJDA*, 2007, p. 18 et s.

152. Article L. 551-1 du code de justice administrative.

531. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Casas préconisait de rejeter la qualification de service public. Précisant qu'il s'agissait d'un « cas limite », il insistait sur le fait que, le rejet de cette qualification « ne signifiera pas, en tout cas à nos yeux, que dans toutes les communes de France des activités de cinéma confiées à des SEML ne peuvent jamais être qualifiées de service public »¹⁵³. Reprenant les critères de la jurisprudence *APREI*, le Conseil d'État considère que « si la société d'économie mixte "Palace Épinal", qui n'est pas dotée de prérogatives de puissance publique, a, en vertu de ses statuts, une mission d'intérêt général en vue d'assurer localement l'exploitation cinématographique, son activité, eu égard notamment à l'absence de toute obligation imposée par la ville d'Épinal et de contrôle d'objectifs qui lui auraient été fixés, ne revêt pas le caractère d'une mission de service public confiée par la commune »¹⁵⁴. Il est incontestable que dans ses rapports avec la société, la commune n'a pas pris soin de fixer une convention d'objectifs ou tout autre document de nature contractuelle renforçant l'exercice de son contrôle. Le commissaire du gouvernement aurait cependant pu dépasser cette analyse en adoptant une lecture moins restrictive de la décision *APREI* et en prenant en compte l'ensemble des relations entretenues avec les collectivités. Les critères énoncés par le juge ne sont pas cumulatifs, ni même alternatifs. Il s'agit d'un faisceau d'indices proposés pour permettre au juge de déterminer si la personne publique a eu l'intention de confier une activité de service public à l'organisme. Or, en l'espèce, l'intention de la commune est manifeste, les statuts de la société prévoyant explicitement que la société a pour objet l'exploitation du service public cinématographique. La présence de la collectivité est par ailleurs assurée par le biais du maire de la commune qui, en sa qualité de mandataire de l'actionnaire public et de président, dispose des pouvoirs les plus étendus pour assurer la correcte exécution de son objet social¹⁵⁵. Comme le relève G. Clamour, la confusion provient de ce que la société est « traitée abusivement comme une société à actionnariat privé »¹⁵⁶ alors que ce sont les collectivités territoriales qui en ont la direction effective. Ne pas le reconnaître laisse d'autant plus dubitatif que, lorsqu'il est saisi d'une question identique à propos d'une activité exercée par une société privée sans participations publiques, le juge administratif ne laisse pas de place à la moindre hésitation et n'envisage même pas la possibilité d'une attribution en dehors de la voie contractuelle¹⁵⁷.

532. La présence d'obligations imposées par les collectivités est délicate à constater car ces dernières sont intégrées à la structure de la société. Lorsqu'elles

153. CASAS (D) - À quelles conditions une personne privée gère-t-elle un service public du cinéma ? - Conclusions sur CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité - BJCP*, 2007, p. 484-485.

154. CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, *op. cit.*

155. Il est, en particulier, seul à pouvoir nommer les agents de la société, à en fixer la rémunération et à pouvoir engager contractuellement la société (CRC Lorraine, ROD 29 juin 2005, *Société d'économie mixte Palace Épinal*, n° 4).

156. CLAMOUR (G) - Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques - *JCP ACT*, nov. 2007, étude 2286, n° 42.

157. Le Conseil d'État considère « qu'en égard aux conditions de sa création, à celles de son organisation et de son fonctionnement, le Festival Les voix du Gaou a constitué, dès l'origine, une activité de service public administratif ; que, dès lors, la commune de Six-Fours-les-Plages ne pouvait légalement décider de confier la poursuite de son exploitation à un tiers sans consentir une délégation à cette fin » (CAA Marseille, 17 juin 2010, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, Req. 09MA01507, *JCP ACT*, nov. 2010, comm. 2335, note Pontier).

souhaitent orienter l'activité de celle-ci, elles n'ont pas à chercher à s'imposer dans le fonctionnement de l'organisme, mais simplement à exercer leur rôle d'actionnaire. La domination institutionnelle renforcée permet ainsi aux collectivités d'orienter et de contrôler l'activité de la société sans sortir de leurs relations institutionnelles. Elle souligne, d'ailleurs, la limite de l'utilisation de la jurisprudence *APREI* à une société d'économie mixte locale. Celle-ci a été instaurée pour permettre au juge de qualifier de service public une activité créée à l'initiative d'une personne privée. La reconnaissance de la qualité de service public marque l'attachement, et donc l'intéressement *a posteriori* de la collectivité aux modalités de son exécution. Or, l'actionnariat public prive la société de la possibilité de se saisir elle-même de l'activité, puisque son orientation stratégique est décidée par ses organes délibérants¹⁵⁸.

533. Le recours aux critères de la jurisprudence *APREI* illustre les hésitations du juge administratif face à la technique de l'économie mixte locale. L'analyse relationnelle permet de dépasser cette incertitude. Le recours aux sociétés d'économie mixte locales peut alors être réalisé en dehors du cadre contractuel.

II. LE RECOURS AUX SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES ENVISAGEABLE EN DEHORS DU CADRE CONTRACTUEL

534. Le recours aux services des sociétés d'économie mixte locales est l'une des techniques de gestion des services publics offertes aux collectivités territoriales. Même les sociétés apparaissant généralement comme des structures de gestion *ad hoc* d'une mission de service public ne peuvent s'extraire du cadre général tracé par le Conseil d'État dans sa jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence*¹⁵⁹. Les personnes publiques responsables d'une activité de service public sont libres de choisir le mode de gestion de leur activité¹⁶⁰. Lorsqu'elles choisissent d'externaliser cette activité, elles doivent habiliter un tiers à gérer le service¹⁶¹. Le Conseil d'État se prononce nettement en faveur d'une habilitation contractuelle, quelle que soit la forme du partenaire et alors même que la personne publique en est associée ou actionnaire. Les collectivités territoriales ne peuvent se dispenser de la passation d'un contrat que « si un texte en dispose autrement » ou si « eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel »¹⁶². Les sociétés d'économie mixte

158. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil d'État ne s'appuie pas sur la jurisprudence *APREI* lors de son contrôle des relations entretenues par la Commune d'Aix-en-Provence et l'association gérant son festival d'art lyrique (CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, Rec. 155, *RFDA*, 2007, p. 812 et s. conclusions Séners).

159. CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, Rec. 155, *RFDA*, 2007, p. 812 et s. conclusions Séners, *D.*, 2007, p. 2617 et s., note Clamour, *RFDA*, 2007, p. 821 et s., note Douence, *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2111, note Karpenschif, *AJDA*, 2007, p. 1020 et s., note Lénica et Boucher, *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2125, note Linditch, *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2128, note Pontier.

160. Sur le choix irréductible des personnes publiques quant au mode de gestion d'une activité de service public cf. BRACONNIER (S) - *op. cit.* - p. 377 et s.

161. L'habilitation se définit alors comme « l'opération dont l'objet est de conférer une capacité à une personne, qui, naturellement, ne la possède pas » (GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) - *op. cit.* - n° 668).

162. CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, *op. cit.*

locales n'ont ainsi pas vocation à échapper à l'établissement d'un contrat dans leurs relations avec les collectivités territoriales, même lorsqu'elles en sont les actionnaires majoritaires. Il ne peut en aller autrement que dans les cas – marginaux – où la société agit sur délégation législative ou lorsqu'elle n'exerce pas une activité économique¹⁶³.

535. L'obligation de passer un contrat connaît cependant une exception notable, lorsque les collectivités « créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire »¹⁶⁴. Le juge administratif reprend les critères de la théorie des prestations intégrées¹⁶⁵ mais en modifie la portée. Lorsqu'une personne exerce sur un tiers de droit public ou de droit privé un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que ce tiers réalise l'essentiel de ses activités pour le compte de la personne publique, sous réserve d'une diversification purement accessoire, l'organisme dédié n'a pas à être mis en concurrence. Poursuivant le raisonnement jusqu'à son terme, le juge administratif considère alors que la collectivité n'a pas à nouer de relation contractuelle car elle gère directement le service¹⁶⁶. Définissant précisément les critères de la prestation intégrée, il en retient une approche resserrée quant aux conditions de reconnaissance, mais détendue quant à ses effets¹⁶⁷. Les

163. Elle ne peut alors être qualifiée d'opérateur économique au sens communautaire. Cette notion est définie par référence à celle d'entreprise au sens communautaire et est interprétée de façon extensive. La seule fourniture d'une prestation non économique ne suffit pas pour que soit écartée la qualification d'opérateur économique. Lorsqu'elles exercent des activités administratives (CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*, Req. 00PA00781, *BJCL*, 2004, p. 563 et s., concl. Trouilly), les sociétés d'économie mixte locales ne pourront échapper à une telle qualification qu'à la condition d'exercer par exemple une activité d'autorité publique (CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, C-364/92, Rec. CJCE I-43), une activité organisée sur la base d'un principe de solidarité sociale (CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 Rec. CJCE I-637), une activité exercée en l'absence de marché (CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission et Eurocontrol*, C-113/07). Sur la notion d'opérateur économique au sens communautaire, cf. notamment, NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 655-678 et n° 1096-1100.

164. CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, *op. cit.*

165. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, conclusions Cosmas, *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43 et s.

166. G. Clamour résume la position du juge administratif en concluant que « les organismes dédiés n'apparaissent plus comme des opérateurs, mais comme une émanation de la personne publique, justifiant ainsi qu'il ne puisse être conclu de contrat de délégation de service public ou de marché public de service et, donc, que soient écartées les règles de transparence » (*in* - La transparence et le service public : *vade-mecum* - Note sous CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* - D., 2007, p. 2620). La position du juge de l'Union européenne est plus restrictive : le pouvoir adjudicateur n'est pas dispensé de passer le contrat. Simplement, il n'est plus tenu de mettre en concurrence l'organisme dédié.

167. Le juge administratif a ainsi reconnu que la création d'un groupement d'intérêt public peut concrétiser une relation *in house* ne nécessitant pas la passation d'un contrat (CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS)*, Req. 300481, *JCP ACT*, juin 2009, comm. 2145, conclusions Courrège et note Devès) et qu'elle n'est pas contraire aux règles de publicité et de mise en concurrence (CE, 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène environnement*, Req. 319109 et 319239, *JCP ACT*, janv. 2011, 2025). À l'image du juge de l'Union européenne, le juge administratif applique également la théorie des prestations intégrées aux relations contractuelles conclues entre un établissement public de coopération intercommunale et les communes qui en sont membres (TA Pau, 14 octobre 2008, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune d'Illharre*, Req. 0800537 et TA Pau, 14 octobre 2008, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Communauté*



régies, même dotées de la personnalité morale ou de l'autonomie financière, sont des démembrements *in house* de leurs collectivités de rattachement¹⁶⁸. La reconnaissance d'autres prestataires intégrés ne peut être réalisée qu'en fonction des circonstances de l'espèce, en reprenant la méthode du faisceau d'indices utilisée pour qualifier une activité de service public.

536. La question de la qualification des sociétés d'économie mixte locales d'organismes dédiés au sens de la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* n'a jamais été posée au juge administratif. Mais l'interprétation des critères de la prestation intégrée retenue et son application à l'Association du Festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence soulignent la bienveillance du juge envers certaines formes externalisées de gestion d'un service public. La Chambre et territoriale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur s'est intéressée, à deux reprises, à la gestion du Festival¹⁶⁹. Créé en 1948 à l'initiative de personnes privées, le Festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence a connu trois modes de gestion différents depuis les années 1970. En 1973, la gestion du festival a été confiée à une association présidée par le maire de la Commune d'Aix-en-Provence. Devant les déboires financiers de l'association, la commune a décidé de la transformation de l'association en société d'économie mixte locale en 1992. Mais la Société d'économie mixte pour l'exploitation du Théâtre de l'archevêché (SEMETA) n'a pas réussi à résorber les déséquilibres financiers malgré les nombreux financements apportés par la commune. Elle a par conséquent été dissoute en 1996 et remplacée par une nouvelle association. La création de la société était justifiée par la nécessité d'apurer les dettes contractées par l'association et de diversifier les sources de financement en introduisant un partenariat avec le secteur privé¹⁷⁰. La création de la société a, au contraire, conduit à un renforcement des subventions publiques, à tel point que le juge financier considère que « ces versements ont eu pour conséquence de vider de son sens la notion d'économie mixte puisque les actionnaires ne contribuent plus au financement de la SEM à hauteur de leur participation au capital »¹⁷¹. La société est non seulement dirigée par la commune, mais elle est également financée par cette dernière.

537. La transformation de l'association a d'autant plus échoué que la collectivité n'a pas imposé de direction stratégique à la société par le biais de sa prédominance au sein du conseil de surveillance. Le sauvetage du festival n'a été

de communes de Garazi-Baigorri, Req. 0800538, *BJCP*, 2009, n° 62, p. 32 et s., conclusions Perdu ; TA Pau, 6 janvier 2009, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune de Lahontan*, Req. 081005, *AJDA*, 2009, p. 929 et s., note Bourrel). Il a par contre refusé de qualifier les relations entre l'État et l'Ugap de *in house*, au motif que l'établissement public n'exerce pas ses activités à titre principal au bénéfice de l'État (CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, Rec. 401, *BJCP*, 2001, n° 19, p. 497 et s., conclusions Bergeal). Dépassant la seule approche du service public, il assimile également à une prestation intégrée le bail emphytéotique par lequel la ville de Paris a transféré des immeubles à l'OPAC de Paris (CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris*, Req. 07PA02380, *LPA*, 19 octobre 2009, p. 17 et s., note Ziani et CRC, Île-de-France, ROD, 19 juillet 2010, *Ville de Paris, Conseil général de Paris*).

168. Le Conseil d'État vise les régies dotées de l'autonomie financière au sens des articles L. 2221-11 à L. 2221-14 du code général des collectivités territoriales et les régies personnalisées au sens de l'article L. 2221-10 du code. Sur les différents modes de gestion d'un service public en régie, cf. BRACONNIER (S) - *op. cit.* - p. 405-435.

169. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 15 octobre 1995, *Organismes de gestion du festival de musique et d'art lyrique d'Aix-en-Provence* ; CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 30 octobre 2000, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 4.2.

170. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 15 octobre 1995, *op. cit.*, p. 4.

171. *Idem*, p. 8.

possible que grâce à l'intervention de l'État et à l'augmentation conséquente des financements que ce dernier apporte. Cependant, cette intervention ne pouvait être réalisée que sous la forme d'une prise de participation, l'État ne pouvant qu'être actionnaire minoritaire de la société¹⁷². Après la dissolution, une nouvelle association a été créée autour de quatre collectivités (État, région, département et commune), faisant perdre sa prééminence à la commune d'Aix-en-Provence. Désormais, l'association « supporte un projet piloté par le ministère de la Culture qui, outre une importante augmentation de ses subventions, fournit un projet artistique, la dote d'un organisateur capable de le mettre en place, et d'un président issu du monde de l'entreprise pour symboliser la volonté de relancer le mécénat »¹⁷³. La situation de la nouvelle association est comparable à celle de l'ancienne société et la nature du contrôle exercé par les personnes publiques sur son fonctionnement et ses objectifs n'évolue guère. Seuls les financements augmentent fortement, conduisant le juge à constater que l'association n'existe que grâce aux collectivités territoriales.

538. Admettre que l'association puisse entretenir des relations *in house* avec ses associés publics devrait conduire le juge administratif à qualifier comme telles les relations des sociétés d'économie mixte locales avec leurs actionnaires majoritaires. Dans ses conclusions sur la décision *Commune d'Aix-en-Provence*, le Commissaire du gouvernement Sénors n'hésite d'ailleurs pas à reconnaître que l'exclusion « n'est pas très convaincante » au regard de la nature des relations entretenues avec les collectivités territoriales¹⁷⁴.

539. L'ambivalence des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales est telle que le rejet de la théorie des prestations intégrées n'est pas une question de principe, mais plutôt de pratique. Les relations ne peuvent être qualifiées d'*in house* que dans la mesure où les collectivités exercent des pouvoirs prépondérants sur les sociétés, dérogoires du droit des sociétés. Or, cette domination institutionnelle caractérise les sociétés d'économie mixte locales, au sein desquelles les collectivités territoriales ne sauraient être réduites au rôle d'actionnaires. Au contraire, elles dirigent la société, en déterminent unilatéralement l'étendue des compétences et en contrôlent l'activité et le fonctionnement. L'habilitation de la société à exercer son activité ne provient pas du contrat conclu avec la collectivité mais émane de l'acte administratif à l'origine de la création de la société : la délibération de la ou des collectivités futures actionnaires. Les relations contractuelles ultérieures n'ont alors que pour objet de confier aux sociétés les moyens techniques de réaliser leur objet social. Lors de la création des sociétés publiques locales, le législateur a d'ailleurs repris ce raisonnement en rapprochant davantage cette nouvelle forme de gestion d'une activité d'intérêt général de l'établissement public. La loi du 28 mai 2010 ne modifie pas le droit des sociétés en accordant davantage de pouvoir sur le fonctionnement de la société. Pourtant, les règles relatives aux délégations de service public ne s'appliquent pas aux établissements publics ou aux sociétés publiques locales, dès lors que « la

172. Seules les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent être actionnaires majoritaires d'une société d'économie mixte locale. Par conséquent l'actionnariat étatique est un actionnariat minoritaire, plafonné à hauteur de 15 % du capital social (loi du 7 juillet 1983, codifiée aux articles L. 1521-1 à L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales).

173. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD 30 octobre 2000, *op. cit.*, n° 4.2.3.

174. SÉNORS (F) - L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public - Conclusions sur CE, Section, 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence - RFDA*, 2007, p. 817.

personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et qu'ils « réalisent 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 l'établissement ou de la société »¹⁷⁵. Entretenant théoriquement une relation *in house* avec leurs actionnaires publics, les sociétés publiques locales ne sont soumises aux règles concernant les délégations de service public que lorsque les collectivités n'exercent pas, ou exercent mal, leur domination.

540. L'habilitation institutionnelle des sociétés d'économie mixte locales à gérer une activité de service public n'épuise pas l'habilitation contractuelle. La mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales dans le cadre d'une procédure contractuelle de délégation d'une activité d'intérêt général apparaît pour l'instant indépassable. Cependant, la nature des relations entretenues avec leurs actionnaires majoritaires incite à relativiser la position européenne. La mise en concurrence est plus apparente qu'effective car elle est faussée par la simple présence d'une société dont la collectivité est actionnaire. Au final, les relations institutionnelles créent une présomption de contrôle pouvant justifier l'abandon de l'obligation de nouer des relations contractuelles entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales dont elles sont actionnaires. La mise en concurrence est d'autant moins justifiée que les contrôles publics exercés sur les sociétés suffisent, par ailleurs, à ce qu'elles soient assimilées à des organismes de droit public devant mettre en concurrence leurs propres contrats. La mise en concurrence est alors déplacée dans les relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales avec des tiers.

175. Article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL) (*JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès). Le juge financier rappelle, si besoin en était, que cet article n'est pas applicables aux sociétés d'économie mixte locales (CRC Aquitaine, Avis 7 septembre 2010, *Communauté de communes des hauts de Dronne*, n° 2010-0317).

Chapitre 2

L'EXTENSION DES OBLIGATIONS DE TRANSPARENCE AUX RELATIONS AVEC DES TIERS

541. Les obligations de mise en concurrence ne sont pas cantonnées aux relations contractuelles entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales. Dès lors qu'un contrat ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services met en présence un organisme adjudicateur – un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice – et un opérateur économique, sa passation ne peut être réalisée qu'après une mise en concurrence¹. Le droit de l'Union ne se limitant pas à une approche organique de l'organisme adjudicateur, l'application des directives n'est pas cantonnée aux seules personnes morales de droit public. Elle peut englober des personnes morales de droit privé telles que les sociétés d'économie mixte locales. L'ambivalence des relations atteint alors son paroxysme. L'actionnariat public majoritaire (et la domination institutionnelle qui en découle) est insuffisant pour empêcher la qualification d'entreprise dans les relations contractuelles avec les collectivités territoriales², mais suffisant pour que les sociétés deviennent des organismes de droit public dans leurs relations avec des tiers. La « double infortune »³ des sociétés est patente : mises en concurrence en amont dans leurs relations avec leurs actionnaires publics, elles sont contraintes d'organiser une procédure similaire en aval pour le choix de leurs futurs partenaires. Dès lors qu'elles sont qualifiées de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice (Section **D**), les sociétés sont tenues d'organiser une procédure de mise en concurrence de leurs contrats (Section 2).

1. Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services, *JOUE*, L. 134, 30 avril 2004 ; directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE*, L. 134, 30 avril 2004, *Contrats Marchés publ.*, juin 2004, comm. Zimmer. Sur la notion d'opérateur économique au sens du droit communautaire, *cf.*, notamment, NICINSKI (S) - *Droit public des affaires* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010 - n° 1096-1100.

2. À titre illustratif, *cf.* CAA Nantes, 19 décembre 2007, *Josse c/ Commune de Chevagnes*, Req. 06NT01078, *Contrats Marchés publ.*, mars 2008, comm. 51, note Pietri ; CAA Nantes, 6 mai 2008, *Société d'équipement du département du Maine-et-Loire*, Inédit.

3. AUBY (J-B) - La double infortune des sociétés d'économie mixte locales - *Dr. Adm.*, juil. 1997, repère 7.

SECTION 1 LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES, POUVOIRS ADJUDICATEURS OU ENTITÉS ADJUDICATRICES

542. La distinction entre le pouvoir adjudicateur et l'entité adjudicatrice est issue des directives⁴. Elle n'est pas uniquement liée à la nature de l'organisme et prend en compte l'activité exercée ainsi que les relations de l'organisme avec l'État ou les collectivités territoriales⁵. La directive 2004/18/CE relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne s'applique qu'aux pouvoirs adjudicateurs⁶, tandis que la directive 2004/17/CE est limitée aux contrats passés par des entités adjudicatrices dans les secteurs qualifiés de « spéciaux » (eau, énergie, transports et services postaux)⁷. Suivant leurs domaines de compétences, les sociétés d'économie mixte locales agissent comme des pouvoirs adjudicateurs ou, de façon résiduelle⁸, comme des entités adjudicatrices. La reconnaissance de cette qualité n'est pas propre aux sociétés⁹, mais trouve une application particulière dans le domaine de l'économie mixte locale. La différence de qualification est sans incidence quant à l'obligation de soumettre l'établissement de leurs relations contractuelles à une procédure de publicité et de mise en concurrence. Seule la procédure change suivant que la société est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice. La qualification des sociétés d'économie mixte locales de pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive « marchés publics » est conditionnée (§ 1). Par contre, celle d'entité adjudicatrice au sens de la directive « secteurs exclus » est automatique (§ 2).

4. Directives 2004/18/CE (*op. cit.*) et 2004/17/CE, (*op. cit.*), transposées par les ordonnances du 6 juin 2005 et du 15 juillet 2009.

5. Sur la distinction entre le pouvoir adjudicateur et l'entité adjudicatrice, *cf.* NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 1082 ; RICHER (L) - *op. cit.* - n° 737-741 ; EMERY (C) - Les notions de personne responsable des marchés et de pouvoir adjudicateur - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 30 et s. ; PEYRICAL (J-M) - Quelle frontière entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ? - *CP-ACCP*, nov. 2008, p. 46 et s. ; ainsi que le *Dossier sur les pouvoirs adjudicateurs en Allemagne, Espagne, France, Grèce et Italie* (*CP-ACCP*, sept. 2003, p. 45 et s.).

6. Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE*, L. 134, 30 avril 2004, *Contrats Marchés publ.*, juin 2004, comm. Zimmer.

7. Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, *op. cit.*

8. D'après les statistiques fournies par la Fédération des entreprises publiques locales, environ 18 % des sociétés d'économie mixte locales exercent une activité dans les domaines relevant de la directive « Secteurs exclus » (11 % dans le secteur de « l'environnement et des réseaux », et 7 % dans celui de la « gestion des déplacements »). Source : www.lesepl.fr

9. Ce phénomène d'identification de personnes morales de droit privé à des organismes de droit public est également constaté pour les associations para-administratives (*cf.*, à titre illustratif, ECKERT (G) - L'association, opérateur économique au sens du droit des marchés publics - *CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 40 et s. ; BICHET (S) - L'application du droit de la commande publique aux associations : un objectif plus qu'une réalité - *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses* - Paris, L'Harmattan, 2009, p. 42-45).

§ 1. L'ASSIMILATION CONDITIONNÉE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES À DES POUVOIRS ADJUDICATEURS

543. La directive « marchés publics » et les ordonnances qui la transposent¹⁰ ne qualifient pas, *in abstracto*, les sociétés d'économie mixte locales de pouvoirs adjudicateurs. La directive donne une définition extensive de la notion de pouvoir adjudicateur, qualifiant comme tels « l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public »¹¹. La qualité de pouvoir adjudicateur aux sociétés d'économie mixte locales dépend de leur assimilation à un organisme de droit public¹². Celle-ci peut sembler logique compte tenu du caractère d'intérêt général attaché à leur objet social ou de leur appartenance au secteur public¹³. Elle n'en demeure pas moins « incertaine »¹⁴ car les sociétés d'économie mixte locales sont des personnes morales de droit privé. Elle est à tout le moins conditionnée. Les juges font preuve de prudence et n'ont encore jamais assimilé par principe les sociétés d'économie mixte locales à des organismes de droit public¹⁵. Le juge financier est moins réservé et les chambres régionales et

10. 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, *JORF*, 7 juin 2005, p. 10014 ; ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, *JORF*, 2009, p. 11853, *Contrats et Marchés publ.*, août sept. 2009, étude 9, comm. Clamour.

11. Article 2 de la directive 2004/17/CE et article 1^{er} 9° de la directive 2004/18/CE. Sur l'assimilation des associations para-administratives à des pouvoirs adjudicateurs, cf. LICHÈRE (F) - L'association, pouvoir adjudicateur - *CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 34 et s.

12. Sur la notion d'organisme de droit public, cf., notamment, FÉRAILLE (D) - La notion d'organisme de droit public dans la réglementation communautaire des marchés publics - *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, PUS, 2007, p. 229 et s.

13. En ce sens, cf. BENJAMIN (M-Y) - Les marchés des SEM - *in* Les SEM en mutation, *CP-ACCP*, octobre 2006, p. 51 et s., et, surtout, BENJAMIN (M-Y) - Une SEM est-elle une entité adjudicatrice comme une autre ? - *CP-ACCP*, nov. 2008, p. 43 et s. Selon l'auteur, la société « est d'abord un pouvoir adjudicateur, car doté de la personnalité juridique, elle a été créée pour satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et son activité est majoritairement financée par un pouvoir adjudicateur ou contrôlée par lui dans sa gestion ou du fait du mode de composition de ses organes dirigeants » (*in* - Une SEM est-elle une entité adjudicatrice comme une autre ?, *op. cit.*, p. 44).

14. NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 877. Dans le même sens, cf., également, PELTIER (M) - *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 363 ; DEVÈS (C) - *op. cit.*

15. Il est vrai que les juges n'ont pas pour autant refusé la qualité de pouvoir adjudicateur à des sociétés d'économie mixte locales au sens des articles L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales. Ils ont davantage été saisis de questions relatives à des sociétés dont le régime juridique est dérogatoire du code. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne considère que les SA d'HLM, régies par les articles L. 411-1 et s. du code de la construction et de l'habitation sont des pouvoirs adjudicateurs (CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, C-237-99, points 47-60). Il en va de même de certaines sociétés intégralement détenues par les collectivités territoriales (CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, C-18/01). Le Conseil d'État, pour sa part, assimile à des organismes de droit public les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (CE Avis, Ass. générale, 16 mai 2002, n° 366-305, *Rapport public du Conseil d'État*, *EDCE*, 2003, p. 201 et s.). Il est délicat de tirer de ces décisions éparses un ensemble cohérent permettant d'affirmer, de façon certaine, que les sociétés d'économie mixte locales sont des organismes de droit public. Néanmoins, les raisonnements adoptés par les juges permettent d'envisager les conditions de leur assimilation.

territoriales des comptes¹⁶ aussi bien que la Cour de discipline budgétaire et financière¹⁷ qualifient fréquemment les sociétés d'économie mixte locales de pouvoirs adjudicateurs.

544. La reconnaissance de la qualité d'organisme de droit public demeure sujette au respect de plusieurs critères dont aucun n'a, à lui seul, valeur décisive¹⁸. L'approche fonctionnelle de la notion ne permet cependant pas de douter d'une large assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des pouvoirs adjudicateurs. Les sociétés d'économie mixte locales, organismes de droit public au sens de la directive 2004/18/CE (I), le sont également suivant les conditions des ordonnances du 6 juin 2005 et du 15 juillet 2009 (II).

I. LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES, ORGANISMES DE DROIT PUBLIC AU SENS DE LA DIRECTIVE 2004/18/CE

545. La directive 2004/18/CE contient en annexe une liste des entités dont la qualité de pouvoir adjudicateur est reconnue par la Commission européenne. L'absence des sociétés d'économie mixte locales de cette liste est cependant à relativiser car la liste n'a pas un caractère exhaustif. Le juge de l'Union européenne reconnaît d'ailleurs que son contenu peut varier d'un État à un autre¹⁹. Selon la directive, est un pouvoir adjudicateur « tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique, et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public »²⁰. La reconnaissance de la qualité d'organisme de droit public dépend de l'intensité des relations entretenues avec les personnes publiques, ainsi que de la nature de l'activité de ce dernier. Chacun de ces deux critères fait l'objet d'une interprétation souple par le juge de l'Union européenne, confirmant une approche fonctionnelle, et par conséquent extensive, du droit de l'Union²¹.

16. Le juge administratif affirme par exemple qu'au regard de ses activités et des relations avec les collectivités territoriales, « la SEM constitue bien un pouvoir adjudicateur et doit appliquer les principes de publicité et de mise en concurrence par des moyens adaptés » (CRC Pays de la Loire, ROD 7 février 2007, *Société d'économie mixte Vendée Expansion*, p. 8). Les juridictions financières ont toujours considéré que les sociétés d'économie mixte locales peuvent être des pouvoirs adjudicateurs, même avant la transposition des directives communautaires par l'ordonnance de 2005 (en ce sens, et à titre illustratif, cf. CRC Champagne-Ardenne, ROD 20 avril 2000, *Société d'économie mixte Reims Développement Informatique* ; CRC Lorraine, ROD 23 janvier 2004, *Société d'économie mixte des transports en commun de la région messine (TCRM)* ; CRC Île-de-France, ROD 25 mars 2009, *Société d'économie mixte Courbevoie Danton (SEMCODAN)* ; CRC Pays de la Loire, ROD 15 février 2010, *Société d'aménagement de la Métropole Ouest Atlantique (SAMOA)*, p. 13). *A contrario*, elles n'ont jamais écarté expressément cette qualification lors de leurs contrôles.

17. Par exemple, cf. CDBF, 25 novembre 2010, *Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris (SIEMP)*, JCP A, 2011, n° 20, 2188, note Brameret.

18. KARPENSCHIFF (M) - *op. cit.* - p. 528.

19. Cf., notamment, CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, C-360/96, Rec. CJCE I 998 I-06821, point 50 ; CJCE, 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior*, C-223/99 et C-260/99, Rec. CJCE I-3605, point 36.

20. Article 1^{er} 9 de la directive 2004/18/CE (*op. cit.*).

21. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, « eu égard à l'objectif des directives communautaires en matière de passation des marchés publics d'exclure [...] la notion d'"organisme de droit public" doit recevoir une interprétation fonctionnelle » (CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*,

546. L'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des organismes de droit public s'appuie sur une analyse relationnelle de ces dernières. Le raisonnement de la Commission rappelle celui adopté par le juge de l'Union européenne pour l'application de la théorie des prestations intégrées²². L'organisme doit être autonome mais sous la dépendance étroite d'une personne publique. L'interprétation de ce critère est cependant beaucoup plus souple et recoupe parfaitement la logique relationnelle de l'économie mixte locale. Sociétés commerciales, les sociétés d'économie mixte locales disposent d'une personnalité morale leur assurant une indépendance juridique²³ ; entreprises dont les collectivités territoriales sont les actionnaires majoritaires, elles sont placées sous leur domination au sens de la directive. Seul le critère de la personnalité morale paraît indispensable²⁴. Pour caractériser la domination, la directive donne des indices relatifs à la composition des organes ou aux modes de financements²⁵. Le critère du contrôle ne présente pas de difficultés pour les sociétés d'économie mixte locales²⁶.

547. L'appréhension du critère de la nature des activités est plus délicate. Seules les personnes « créée[s] pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » peuvent être qualifiées d'organisme de droit public²⁷. Ce dernier critère a fait l'objet de nombreuses précisions jurisprudentielles et demeure source de difficultés d'interprétation²⁸. Mais la qualification des sociétés d'économie mixte locales d'organismes de droit public est *a priori* compromise, car elles sont créées à titre principal pour réaliser

Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH, C-393/06, *JOUE* 24 mai, n° C 128, point 37). Cf., également, CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, *op. cit.*, points 36-37. Cf. BOVIS (C) - *op. cit.* - p. 27.

22. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, conclusions Cosmas, *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43 et s.

23. Article L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales. En ce sens, cf. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, 498 p.

24. Les entités non personnalisées sont qualifiées par la Cour de justice de l'Union européenne « d'émanation de l'État » ou d'une autre personne publique (CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV*, *op. cit.*, point 12).

25. CJCE, 15 janvier 1998, *Manessmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, point 33, CJCE, 3 octobre 2000, *The University of Cambridge*, C-380/98, Rec. CJCE I-8035, point 20. Le simple fait qu'un organisme soit par exemple financé majoritairement par une redevance dont le montant est fixé par une autorité étatique alors même que cette redevance ne transite pas par le budget de l'État et que l'organisme la perçoit par ses propres moyens suffit pour que la condition du contrôle soit remplie (CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, C-337/06, conclusions Ruiz-Jarabo Colomer, *Contrats Marchés publ.*, janv 2008, comm. 4, note Zimmer). Le Conseil d'État reprend cette analyse et différencie les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes des autres sociétés concessionnaires. Seules les sociétés d'économie mixte sont des organismes de droit public, car leurs relations avec l'État traduisent la domination de celui-ci sur leur fonctionnement (CE Avis, As. générale, 16 mai 2002, n° 366-305, *op. cit.*).

26. Les collectivités territoriales, actionnaires majoritaires, financent la majeure partie des activités des sociétés d'économie mixte locales, ne serait-ce que par l'actionnariat majoritaire ; elles en contrôlent la gestion et la direction par la détention de plus de la majorité des voix dans les organes délibérants (article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales et cf. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

27. Article 1^{er} 9 de la directive 2004/18/CE.

28. Cf., notamment, CHÉROT (J-Y) - *Droit public économique* - *op. cit.*, n° 466-467 ; CHÉROT (J-Y) - Les organismes de droit public dans les directives marchés publics - *BJCP*, 1999, p. 322 et s. ; KARPENSCHIF (M) - Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice de l'Union européenne - *AJDA*, 2004, p. 526 et s. ; SESTIER (J-F) - *op. cit.*

des missions industrielles et commerciales²⁹. La nécessité de préciser la notion d'activité d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial a été l'occasion pour la Cour de Justice de l'Union européenne de confirmer son approche fonctionnelle et extensive de la catégorie des organismes de droit public. Les sociétés d'économie mixte locales n'en sont pas exclues par principe et une analyse plus ponctuelle de leur mode de fonctionnement est nécessaire³⁰.

548. Pour déterminer si l'activité d'une entité correspond à celle d'un organisme de droit public, le juge de l'Union européenne recourt également à la technique du faisceau d'indices³¹. En premier lieu, l'organisme doit être créé en vue d'exercer la mission, mais l'appréhension de ses compétences ne saurait se limiter à la description réalisée par les statuts. « Le but de la création de l'organisme [étant] seul déterminant », le juge cherche quelles sont les activités réellement exercées³². Peu importe que l'organisme soit créé pour exercer des activités marchandes dès lors que celles-ci peuvent être qualifiées d'autres qu'industrielles ou commerciales, depuis sa création³³ ou au cours de son existence³⁴.

549. En deuxième lieu, la création d'un organisme pour exercer « spécifiquement » une activité autre qu'industrielle ou commerciale ne signifie pas que celui-ci doit exercer exclusivement, ou même essentiellement ce type d'activité³⁵. L'adverbe ne renvoie pas à une approche quantitative, mais plutôt qualitative de l'activité de l'organisme. Il témoigne de ce que le champ des directives n'est pas

29. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît que la frontière entre activités marchandes et non marchandes n'est pas définie précisément et qu'une société d'économie mixte locale peut avoir pour objet statutaire principal la réalisation d'activités à caractère administratif (cf. CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*, Req. 00PA00781, *BJCL*, 2004, p. 563 et s., concl. Trouilly, et *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

30. Cf., notamment, CHÉROT (J-Y) - Les organismes de droit public dans les directives marchés publics - *op. cit.*, p. 327 ; LIGNIÈRES (P), GONZALEZ-DONAIRE (F) - Mise en concurrence des contrats passés par les SEM avec des tiers - *Dr. Adm.*, août-sept. 2003, prat. 8.

31. Cf. PELTIER (M) - *op. cit.* - n° 360 et 363 ; KARPENSCHIF (M) - *op. cit.* - p. 527.

32. LÉGER (P) - Conclusions sur CJCE, 15 janvier 1998, *Manessmann Anlagenbau Austria AG e.a.* - Rec. CJCE I-00073. Selon l'avocat général, « ce qui compte est naturellement l'objectif effectivement poursuivi, le but annoncé de satisfaire des besoins industriels et commerciaux qui dissimuleraient des activités d'intérêt général dans le dessein d'échapper aux règles contraignantes de la loi ne saurait être retenu par le juge national » (point 73).

33. Le juge de l'Union européenne assimile à un organisme de droit public la société créée pour concevoir, édifier et exploiter une installation d'élimination de déchets toxiques et une installation de combustion de boues. Il reconnaît que cette activité ne correspond pas à la satisfaction de besoins autres qu'industriels ou commerciaux, dans la mesure où elle était assurée dans un but commercial. Cependant, la société est un pouvoir adjudicateur, car en vertu d'une convention passée plusieurs années après sa création et sans qu'il y ait eu de changement dans ses statuts, elle a été chargée par la commune d'assurer l'épuration des eaux usées dans un but non lucratif et moyennant une indemnité de la prestation. Le juge fait primer l'activité réellement exercée sur l'énoncé des statuts, car « l'existence ou l'absence de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial s'apprécie objectivement, la forme juridique des dispositions dans lesquelles de tels besoins ont été exprimés étant, à cet égard, indifférente » (CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, C-470/99, Rec. CJCE I-11617, point 60).

34. L'entité créée pour la production de documents officiels (passeports, permis de conduire, journaux officiels) est un organisme de droit public, même si elle développe au cours de son existence des activités industrielles ou commerciales (CJCE, 15 janvier 1998, *Manessmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, *op. cit.*).

35. « Il est sans pertinence que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités entreprises par cette entité, dès lors qu'elle continue à se charger des besoins qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire » (CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, *op. cit.*, point 55).

limitativement circonscrit, permettant au juge d'adopter une définition extensive de la notion d'organisme de droit public.

550. En troisième lieu, la Cour de Justice de l'Union européenne a précisé, par touches successives, les conditions pour qu'une activité d'intérêt général ait un caractère « autre qu'industriel ou commercial »³⁶. Entrent dans cette catégorie « les besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante »³⁷. Ce critère est délicat à mettre en œuvre dans le cadre de l'économie mixte locale, car la société revêt, selon la logique du droit des sociétés, un but lucratif habituellement assimilé à une activité de production de biens ou de services³⁸. La difficulté tient au fait que le droit européen est d'application beaucoup plus large que le droit interne. Les instances de l'Union européenne réfutent l'approche organique et fondent leur approche matérielle sur une distinction qui ne correspond pas à celle du droit interne entre les activités administratives et celles de nature industrielle et commerciale³⁹. L'analyse se décompose en deux étapes : après avoir recherché si l'activité a pour finalité l'intérêt général, le juge de l'Union européenne détermine si elle concourt à la satisfaction de besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

551. La qualification d'intérêt général de l'activité des sociétés d'économie mixte locales ne présente pas de difficultés. Elles sont créées pour réaliser des opérations de construction, d'aménagement, pour gérer des services publics à caractère industriel et commercial ou pour « toute autre activité d'intérêt général »⁴⁰. La définition législative corrobore l'interprétation extensive adoptée par la Cour de Justice de l'Union européenne⁴¹.

36. Pour une présentation de la jurisprudence communautaire, cf. FATÔME (É), RICHER (L) - La condition relative aux besoins satisfaits - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 38 et s.

37. CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, *op. cit.*, point 51.

38. Un problème similaire est posé par l'assimilation des établissements publics industriels et commerciaux à des organismes de droit public. Celle-ci ne saurait être prononcée *in abstracto* et dépend des conditions de fonctionnement de chaque établissement (cf. RICHER (L) - *op. cit.* - n° 744-745, SESTIER (J-F) - *op. cit.* - p. 49-50).

39. SESTIER (J-F) - *op. cit.* - p. 49.

40. Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales.

41. La Cour a eu l'occasion de qualifier comme telle des activités d'enlèvement des ordures ménagères (CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, *op. cit.*), d'assainissement (CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, *op. cit.*), d'organisation de foires et d'expositions (CJCE, 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior*, *op. cit.*), de construction et mise à disposition de locaux industriels au profit d'entreprises privés (CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, C-18/01, Rec. CJCE I-5321) ou encore de pompes funèbres (CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH & Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, Rec. CJCE 2003, I-1931). Dans l'affaire *Agorà*, la Cour a retenu la qualification d'activité d'intérêt général alors qu'existait une offre privée équivalente, au motif que « l'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général » (*op. cit.*, point 33). Les activités sont d'intérêt général dès lors qu'elles « sont susceptibles de donner une impulsion aux échanges ainsi qu'au développement économique et social de la collectivité concernée ; l'implantation d'entreprises sur le territoire d'une commune ayant souvent des retombées favorables [...] en termes de création d'emplois, d'augmentation des recettes fiscales ainsi que de l'amélioration de l'offre et de la demande de biens et de services » (*op. cit.*, point 45). Cette appréhension particulièrement extensive laisse penser que « toute activité purement privée, dans la mesure où des retombées fiscales interviendront inéluctablement au bénéfice d'une personne publique, participe à l'intérêt général » (GLIOZZO (T) - La notion d'organisme de droit public au sens de la directive 92/50/CEE - Note sous CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy* - *AJDA*, 2003, p. 1559). Cette condition sera d'autant plus facilement constatée qu'elle est un élément de la définition légale des sociétés d'économie mixte locales.

552. L'appréhension *in abstracto* des activités est insuffisante pour qualifier une personne morale d'organisme de droit public. Le juge de l'Union européenne s'appuie également sur les conditions de son exercice pour reconnaître l'existence de besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial⁴². Une personne morale peut ainsi exercer des activités similaires à celles d'entreprises privées⁴³, dans des conditions de concurrence avec celles-ci⁴⁴, sans que cela ne remette en cause sa qualité d'organisme de droit public. Pour qu'une société soit considérée comme un organisme de droit public, il est préférable que son activité s'exerce dans un cadre pas ou peu concurrentiel. Même lorsque tel n'est pas le cas, elle peut être assimilée à un organisme adjudicateur dès lors que son activité est réalisée en franchise de tout risque économique⁴⁵.

553. D'une part, l'existence d'une concurrence développée sur le marché n'est qu'un indice de ce que son activité a un caractère industriel ou commercial⁴⁶. La Cour privilégie l'objectif principal de l'organisme et non le fait qu'il ne soit pas le seul à le réaliser sur le marché. L'intervention d'une société dans un secteur fortement concurrentiel n'empêche pas sa qualification d'organisme de droit public, car « le fait qu'un certain besoin puisse aussi être satisfait par des entreprises privées n'exclut pas que ce besoin soit susceptible d'être aussi à caractère autre qu'industriel ou commercial »⁴⁷. L'existence d'une concurrence développée n'est qu'un indice de la nature industrielle ou commerciale de l'activité exercée par une société d'économie mixte locale. Elle ne permet pas, à elle seule, de rejeter la qualification d'organisme de droit public.

554. Pour qu'une société d'économie mixte locale soit qualifiée d'organisme de droit public, ses relations avec ses actionnaires publics doivent, d'autre part, lui permettre d'exercer ses activités en franchise des risques économiques. Deux affaires impliquant des sociétés détenues en intégralité par l'État ou des collectivités territoriales illustrent ce raisonnement. Dans l'affaire *Riitta Korhonen* la Cour relève qu'une société détenue en intégralité par des collectivités territoriales ne présente pas de différences fondamentales au plan juridique avec une société de droit commun⁴⁸. Pour l'avocat général Alber, l'important est « donc de déterminer s'il y a un risque que cette entité se laisse guider dans ses décisions d'attribution de marchés par des considérations autres qu'économiques »⁴⁹. En particulier, les juges nationaux sont invités par la Cour à vérifier si l'activité économique est réalisée aux risques et périls de la société. Dans le

42. BOITEAU (C) - *op. cit.* - p. 950 ; KARPENSCHIF (M) - *op. cit.* - p. 528 et p. 531-533.

43. CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, *op. cit.*

44. CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH & Bestattung Wien GmbH*, *op. cit.*, point 61; CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, *op. cit.*, point 50.

45. KARPENSCHIF (M) - *op. cit.* - p. 531

46. « L'existence d'une concurrence n'est pas dépourvue de toute pertinence pour résoudre la question de savoir si un besoin d'intérêt général a un caractère autre qu'industriel ou commercial » (CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, *op. cit.*, point 44).

47. ALBER (S) - Conclusions sur CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy* - point 70.

48. La Cour reprend à son compte l'analyse du gouvernement finlandais, selon lequel des sociétés publiques locales « présentent, sur le plan juridique, peu de différences avec les sociétés anonymes détenues par des opérateurs privés dans la mesure où elles supportent les mêmes risques économiques que ces dernières et peuvent également être déclarées en faillite » (CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, *op. cit.*, point 53).

49. ALBER (S) - *op. cit.* - point 79.

cas contraire, l'activité est réputée être exercée sous la domination de l'État, par un organisme de droit public pouvant lui être rattaché. Les sociétés intégralement publiques supportent les mêmes risques financiers que des entreprises de droit commun, et peuvent en particulier être mises en liquidation judiciaire, sous réserve des aménagements au droit des procédures collectives entraînées par l'actionnariat public⁵⁰. Mais « les collectivités territoriales auxquelles elles appartiennent permettront rarement qu'un tel événement se produise et procéderont, le cas échéant, à une recapitalisation desdites sociétés afin qu'elles puissent continuer à assumer les tâches pour lesquelles elles ont été créées »⁵¹. La Cour privilégie une approche relationnelle sur une approche purement institutionnelle. Les actionnaires publics ne se comportant pas comme de véritables opérateurs économiques, cherchant un profit dans l'utilisation de la société, celle-ci peut être considérée comme un relais de leur action et assimilée à un pouvoir adjudicateur⁵².

555. La transposition du raisonnement européen aux sociétés d'économie mixte locales soulève plusieurs difficultés. Aucune décision ne concerne une société à capitaux mixtes et la Cour n'a eu à connaître que du fonctionnement d'une société intégralement publique. De plus, elle ne formule pas un principe d'assimilation des entreprises du secteur public local à des pouvoirs adjudicateurs. Saisie d'une question préjudicielle, elle renvoie la qualification à l'analyse concrète des juges nationaux⁵³. Or, il n'est pas certain que le raisonnement du juge quant à l'existence d'un risque financier soit directement applicable aux sociétés d'économie mixte locales. Celles-ci sont détenues par des collectivités territoriales qui en sont les actionnaires majoritaires. Mais, d'une part, les actionnaires minoritaires pourraient refuser de maintenir artificiellement une société dont l'équilibre économique est incertain et préférer la solution d'une dissolution de l'entreprise. Leur position, minoritaire, n'est pas en mesure d'empêcher les collectivités d'investir à leur envie dans la société, mais leur départ du capital peut entraîner la dissolution *de facto* de la société, celle-ci ne répondant plus aux critères législatifs de la mixité du capital social⁵⁴. D'autre part, les collectivités territoriales ne peuvent se comporter comme des actionnaires de sociétés commerciales qu'en respectant le droit des aides publiques⁵⁵. Dans ces conditions, la recapitalisation de la société,

50. Sur l'application, délicate, du droit des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 3, et, à titre illustratif, L'HÔTE (V) - L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales : de l'insolvabilité du droit administratif dans le droit commercial - *AJDA*, 2003, p. 2233 et s.

51. CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, *op. cit.*, point 53.

52. Le juge précise à l'appui de son argumentation que, « s'il n'est pas exclu que les activités des sociétés telles que *Taitotalo* engendrent des bénéfices, la recherche de tels bénéfices ne peut, en aucun cas, constituer l'objectif principal desdites sociétés » car elles ont pour objet la satisfaction d'un intérêt général (*Idem*, point 54).

53. Pour la Cour, il appartient au juge national d'apprécier « les circonstances ayant présidé à la création de cette société et les conditions dans lesquelles elle exerce son activité, en ce compris, notamment, l'absence de poursuite d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause » (CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy* - point 59).

54. L'article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales prévoit que les collectivités territoriales sont les actionnaires majoritaires, mais également que les actionnaires minoritaires possèdent au minimum 15 % des parts du capital de l'entreprise.

55. Cf. *supra.*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

même voulue par ses actionnaires majoritaires, risque d'être rejetée par le juge⁵⁶, entraînant la disparition de l'entreprise. Pourtant la pratique de l'économie mixte locale fournit pléthore d'illustrations de recapitalisations de sociétés afin d'éviter la faillite⁵⁷. Le « coup d'accordéon » est particulièrement utilisé par les collectivités pour apurer les dettes de la société⁵⁸. Les collectivités territoriales actionnaires n'hésitent pas ainsi à apporter des financements aux sociétés, parfois au détriment du respect de la réglementation sur les aides publiques et la concurrence⁵⁹. Le juge financier relève régulièrement de tels manquements, comme par exemple lors du contrôle de la gestion de la SEML du Parc du Futuroscope. Pour éviter la mise en liquidation, les actionnaires ont décidé d'une recapitalisation, en marge de tout projet industriel. Le juge souligne que « compte tenu de sa situation financière, il est peu probable que la SEML aurait pu obtenir un financement similaire de la part d'un opérateur privé en économie de marché ». La collectivité maintient artificiellement la société en vie, en refusant le jeu des affaires et une liquidation pourtant inévitable⁶⁰. Cette attitude s'inscrit dans le prolongement direct de la Cour de Justice de l'Union européenne lorsqu'elle constate que les collectivités permettent « rarement » la faillite de leurs entreprises publiques⁶¹. La Cour reconnaît nécessairement, même si elle le fait implicitement, que les collectivités territoriales ne sont pas des actionnaires de droit commun et que la continuité de l'activité prime l'exercice de l'activité dans les conditions du marché. Dès lors,

56. Le juge administratif ne s'oppose pas sur le principe aux modifications de la participation publique dans les sociétés, mais vérifie en particulier que les collectivités n'ont pas fait d'erreur manifeste d'appréciation eu égard notamment aux capacités financières des collectivités territoriales actionnaires (cf., par exemple, CAA Marseille, 21 décembre 2007, *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau c/ Préfet de la région Languedoc Roussillon, Préfet de l'Hérault*, Req. 06MA01462).

57. Le juge financier relève régulièrement de telles opérations au bénéfice des sociétés d'économie mixte locales. Par exemple, la Chambre régionale des comptes de Rhône-Alpes, après avoir constaté les difficultés financières de la SEM SERDAGI, note que ses actionnaires majoritaires ont procédé à une augmentation du capital de 97,50 %, souscrite à 80 % par les deux collectivités actionnaires (CRC Rhône-Alpes, ROD 8 mars 2005, *Société d'économie mixte des eaux de la région grenobloise et d'assainissement du Drac inférieur (SERDAGI)*, n° 1.1). Allant dans le même sens, cf., notamment, CRC Rhône-Alpes, ROD 10 juin 2002, *Société d'équipement du département de la Drôme (SEDRO)*, p. 13 ; CRC Midi-Pyrénées, ROD 8 septembre 2003, *Société d'économie mixte de Colomiers pour l'aménagement et la construction (SEMCAC)*, point 1 ; CRC Bourgogne, ROD 28 avril 2004, *Société de gestion du parc des expositions de Mâcon (SOGPEM)*, n° 2.2 ; CRC Île-de-France, ROD 22 septembre 2006, *Gestion du stationnement et relations avec la Société anonyme d'économie mixte d'exploitation du stationnement de la Ville de Paris (SAEMES)*, point 2.11 ; CTC Polynésie française, ROD 31 août 2007, *Tahiti Nui Rava'Ai*, point 4-3 ; CRC Aquitaine, ROD 30 juillet 2008, *Société d'économie mixte du Périgord (SEMIPER)*, p. 7-8.

58. L'opération consiste à réduire le capital à hauteur de l'endettement de la société, pour apurer les dettes. Les collectivités territoriales souscrivent alors à la nouvelle augmentation du capital. Elles supportent ainsi indirectement les dettes sociales. Sur le « coup d'accordéon », cf. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *Droit des sociétés* - Paris, Litec, 22^e éd., 2009, n° 851 ; SYLVESTRE-TOUVIN (S) - *Le coup d'accordéon ou Les vicissitudes du capital* - Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 599 p. Sur son utilisation dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, cf. *supra.*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 et, à titre illustratif, CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du bassin de Thau*, req. 313590, *AJDA*, 2010, p. 19 et s., note Nicinski, *RLC*, 2011, n° 27, 1798, note Brameret ; CRC Aquitaine, ROD 12 février 2006, *Société d'économie mixte Électricité service Gironde (ESG)*, n° 2 ; CRC Languedoc-Roussillon, ROD 7 décembre 2009, *Commune de Sète*, n° 5.2.2.

59. CAA Marseille, 21 décembre 2007, *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau c/ Préfet de la région Languedoc Roussillon, Préfet de l'Hérault*, *op. cit.*

60. CRC Poitou-Charentes, ROD 15 décembre 2006, *Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope*, p. 16-17.

61. CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, *op. cit.*, point 53.

rien ne s'oppose à ce que la Cour qualifie les sociétés d'économie mixte locales d'organismes de droit public.

556. Les ordonnances transposant la directive 2004/18/CE ne s'écarterent pas du schéma proposé par cette dernière.

II. LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES, ORGANISMES DE DROIT PUBLIC AU SENS DES ORDONNANCES DES 6 JUIN 2005 ET 15 JUILLET 2009

557. Les dispositions de la directive 2004/18/CE ont été principalement transposées au sein du code des marchés publics. Son champ d'application étant limité aux contrats passés par certaines personnes publiques⁶², il a été complété par les ordonnances du 6 juin 2005⁶³ et du 15 juillet 2009⁶⁴. Celles-ci étendent le champ des obligations à d'autres personnes que celles soumises au code. L'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des pouvoirs adjudicateurs dépend donc, au regard du droit interne, de leur qualification d'organisme de droit public au sens des ordonnances de 2005 et 2009. Reprenant les apports, elles unifient également des dispositions antérieures éparpillées concernant les sociétés d'économie mixte locales.

558. Avant l'adoption de l'ordonnance du 6 juin 2005, les sociétés d'économie mixte locales pouvaient être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs dans certaines circonstances particulières. Elles étaient considérées comme telles lorsqu'elles concluaient des contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre pour l'exécution ou les besoins d'un service public⁶⁵. Les sociétés chargées de la

62. L'application du code des marchés est fondée sur un critère organique et est limitée aux contrats de l'État et de ses établissements publics exerçant une activité autre qu'industrielle ou commerciale, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux (article 2 du code).

63. 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 (*JORF*, 7 juin 2005, p. 10014), complétée par le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 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 (*JORF*, 22 octobre 2005, p. 16752) et le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 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 (*JORF*, 31 décembre 2005, p. 20782). La procédure a été réformée par le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics et aux décrets pris pour l'application 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 (*JORF*, 18 décembre 2008, p. 19367), le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics (*JORF*, 20 décembre 2008, p. 19544) et le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics (*JORF*, 20 décembre 2008, p. 19548).

64. Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, *JORF*, 2009, p. 11853, *Contrats et Marchés publ.*, août sept. 2009, étude 9, comm. Clamour.

65. Article 48-I de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (*JORF*, 30 janvier 1993, p. 1588) et décret n° 93-584 du 26 mars 1993 relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (*JORF*, 28 mars 1993, p. 5226).

construction et de la gestion de logements sociaux étaient également soumises à des obligations similaires⁶⁶. Ces dispositions ne permettaient pas d'affirmer que les sociétés d'économie mixte locales étaient structurellement des organismes de droit public. La qualification d'organisme de droit public ne résultait pas tant de la nature particulière de la société ou de ses relations avec les collectivités territoriales que de l'objet de l'activité en cause. La loi du 3 janvier 1991, transposant la directive « marchés publics de travaux »⁶⁷, prévoyait expressément qu'étaient assimilées à des pouvoirs adjudicateurs les sociétés « formées entre des collectivités publiques » ou « créées en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial », dans la mesure où pouvait être caractérisé un lien de dépendance envers les collectivités territoriales⁶⁸. Le législateur envisageait l'assimilation généralisée des sociétés d'économie mixte locales à des pouvoirs adjudicateurs, mais en cantonnant son champ aux seuls marchés publics de travaux.

559. Les ordonnances du 6 juin 2005 et 15 juillet 2009 reprennent en grande partie les apports de la loi du 3 janvier 1991 en étendant son champ d'application à l'ensemble des marchés, pour correspondre au champ de la directive 2004/18/CE. Elles complètent le code des marchés publics en organisant les modalités d'application des obligations de mise en concurrence aux personnes ne relevant pas du champ du code. Elles ne prévoient pas expressément que les sociétés d'économie mixte locales soient des pouvoirs adjudicateurs et reprennent les dispositions de la directive « marché publique » en les aménageant partiellement.

560. Le champ d'application des ordonnances est limité à la passation d'accords-cadres ou de marchés de travaux, de fournitures ou de services d'une part⁶⁹, de concession de travaux publics d'autre part⁷⁰, conclus par des pouvoirs adjudicateurs avec des opérateurs économiques publics ou privés. Les pouvoirs adjudicateurs sont définis en des termes identiques dans chacune des deux ordonnances et permettent d'inclure largement les sociétés d'économie mixte locales et les sociétés publiques locales parmi celles-ci⁷¹.

561. En premier lieu, les ordonnances reprennent textuellement l'approche européenne de la notion de pouvoir adjudicateur, qualifiant comme tels « les organismes de droit privé ou de droit public dotés de la personnalité juridique, créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial [...] et placés sous la dépendance d'un pouvoir adjudicateur lui-même soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance »⁷². Selon cette définition, les sociétés d'économie mixte locales ne peuvent

66. Article L. 481-4 du code de la construction et de l'habitation, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 6 juin 2005.

67. Directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE*, L. 210, 21 juillet 1989, p. 1.

68. Article 9 a de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, (*JORF*, 5 janvier 1991 p. 236).

69. Ordonnance du 6 juin 2005, *op. cit.*

70. Ordonnance du 15 juillet 2009, *op. cit.*

71. Article 3-I-1° de l'ordonnance du 6 juin 2005 et article 2 de l'ordonnance du 15 juillet 2009, *op. cit.*

72. Article 2-1° de l'ordonnance du 15 juillet 2009 (*op. cit.*). La domination est « établie par le fait que le pouvoir adjudicateur assure majoritairement son financement, exerce un contrôle sur sa gestion ou désigne la majorité des membres de son organe d'administration, de direction ou

être des pouvoirs adjudicateurs que dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves qu'en droit européen. La reconnaissance de leur nature d'organisme de droit public dépend, en particulier, de la nature de leurs activités et des conditions de réalisation de celles-ci. Dès lors qu'elles exercent une activité d'aménagement et de construction, elles sont certainement des organismes de droit public, car alors elles n'inscrivent pas leur action dans le domaine économique. Selon les statistiques établies par la Fédération des entreprises publiques locales, ces sociétés représentent cependant près de 50 % de l'ensemble des sociétés d'économie mixte locales⁷³. En toute hypothèse, cette qualification ne permet pas de résoudre d'une façon globale la question de l'assimilation de ces sociétés à des pouvoirs adjudicateurs.

562. En second lieu, les ordonnances prévoient que sont des pouvoirs adjudicateurs « les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique et constitués par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ou au code des marchés publics en vue de réaliser certaines activités en commun »⁷⁴. Se pose alors la question de l'assimilation systématique des sociétés intégralement détenues par des pouvoirs adjudicateurs à des organismes de droit public. La directive « marchés publics » ne vise pas une telle catégorie d'organismes, se contentant de renvoyer, au sens strict, aux « associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public »⁷⁵. La référence à l'association est explicite et permet d'inclure expressément ce type d'organisation parmi les pouvoirs adjudicateurs⁷⁶. Mais la rédaction des ordonnances est plus générale et s'inscrit dans la tradition issue de la loi du 3 janvier 1991. Selon celle-ci, les mesures de publicité et de mise en concurrence étaient applicables au contrat conclu avec un entrepreneur par « soit un groupement de droit privé formé entre des collectivités publiques, soit un organisme de droit privé, créé en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » et répondant aux autres critères du pouvoir adjudicateur⁷⁷. La loi identifiait clairement deux types d'organismes, sans réserver expressément son champ aux seules associations. Il pouvait être entendu largement et inclure d'autres personnes, tels les groupements d'intérêt économique⁷⁸.

563. Les ordonnances de 2005 et 2009 ont abandonné la référence aux « groupements » pour privilégier celle « d'organismes de droit privé [...] constitués en vue de réaliser certaines missions en commun » par des pouvoirs adjudicateurs⁷⁹. Les associations, les groupements d'intérêt économique et les groupements d'intérêt public sont certainement visés par cette disposition⁸⁰. Mais la rédaction, issue des ordonnances, invite à se demander si d'autres structures, telles des sociétés, pourraient correspondre à cette définition du pouvoir adjudicateur.

de surveillance » (*Ibid*). Si la rédaction des deux ordonnances diffère légèrement, leur contenu est identique.

73. Source : www.lesepl.fr

74. Article 2-4° de l'ordonnance du 15 juillet 2009. L'article 3-I-4° de l'ordonnance du 6 juin 2005 prévoit la même disposition, rédigée en des termes légèrement différents.

75. Article 1^{er} 9 de la directive 2004/18/CE.

76. Cf. LICHÈRE (F) - L'association, pouvoir adjudicateur - *CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 34 et s.

77. Article 9 de la loi du 3 janvier 1992, *op. cit.*

78. En ce sens, cf. SESTIER (J-F) - *op. cit.* - p. 51.

79. Article 3-I 4° de l'ordonnance du 6 juin 2005 et article 2 4° de celle du 15 juillet 2009.

80. BOITEAU (C) - Conventions avec les associations - *J. Cl. Contrats et marchés publics*, fasc. 624, n° 29.

En particulier, les sociétés d'économie mixte locales sont souvent le support d'une mise en commun, par différentes collectivités territoriales, de certaines de leurs compétences, et permettent ainsi l'association – dans un sens fonctionnel et non organique – de collectivités territoriales. La différence de rédaction entre la directive et ses textes de transposition permet d'envisager que le terme association, utilisé en droit européen, ait un sens générique, recouvrant diverses formes de groupement. Les sociétés d'économie mixte locales permettant la collaboration, au sein d'une structure commune, de collectivités territoriales et de personnes publiques et privées, elles « devraient être soumises aux directives, sans avoir à s'interroger sur leur qualité d'organisme de droit public »⁸¹, en tant qu'associations au sens des directives. Cette interprétation n'a pas été confirmée ni infirmée par le juge, mais se conjugue difficilement avec les conditions de reconnaissance énoncées par les ordonnances de 2005 et 2009.

564. Les textes de transposition de la directive « marchés publics » imposent que l'organisme soit créé par des pouvoirs adjudicateurs relevant de leur champ ou de celui du code des marchés publics. Ils ne précisent pas qu'il doit être constitué exclusivement par de telles autorités, mais il ne rejette pas non plus cette hypothèse. Dans une acception stricte, les ordonnances ne pourraient pas être appliquées aux sociétés d'économie mixte locales, lesquelles ne sont pas constituées uniquement par des pouvoirs adjudicateurs. Seules les sociétés publiques locales d'aménagement et les sociétés publiques locales pourraient satisfaire à ce critère de reconnaissance du pouvoir adjudicateur. La Cour de Justice de l'Union européenne tend à les assimiler à des structures de coopération intercommunale, écartant l'application du droit de la commande publique dans leurs relations contractuelles avec leurs actionnaires publics⁸². Il est dès lors logique que les obligations de publicité et de mise en concurrence, écartées dans les relations contractuelles avec les collectivités territoriales, soient réintroduites dans celles de la société avec les tiers. Dans le cas contraire, l'intervention publique économique serait conduite en contournant les impératifs de mise en concurrence. L'assimilation automatique des sociétés publiques locales à des organismes de droit public correspond d'ailleurs à l'approche fonctionnelle que le juge de l'Union européenne privilégie. Sous cet angle d'analyse, les sociétés publiques locales perfectionnent la logique utilitariste de l'économie mixte locale.

565. Le législateur, tout comme le juge de l'Union européenne, se refuse à assimiler globalement les sociétés d'économie mixte locales à des pouvoirs adjudicateurs, alors que la qualification d'organisme de droit public des sociétés publiques locales ne fait guère de doute. Néanmoins, l'application des obligations de mise en concurrence à la majorité des contrats des sociétés d'économie mixte locales ne pose pas de difficultés théoriques insurmontables, tant l'approche fonctionnelle du champ d'application de la directive « marchés publics » domine. L'application de la directive « secteurs exclus » est, de ce point de vue, beaucoup plus simple puisqu'elle assimile automatiquement les sociétés d'économie mixte locales à des entités adjudicatrices.

81. SESTIER (J-F) - *op. cit.* - p. 57.

82. Cf. CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, C-295/05, Rec. CJCE I-2999, conclusions Geelhoed CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SPRL*, C-324/07, conclusions Trestenjak.

§ 2. L'ASSIMILATION AUTOMATIQUE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES À DES ENTITÉS ADJUDICATRICES

566. La directive 2004/17/CE organise une procédure spécifique, simplifiée, pour la passation de contrats dans les secteurs dits « spéciaux » (l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux)⁸³. Ces secteurs sont caractérisés par l'existence de réseaux sur lesquels les collectivités publiques entendent conserver un contrôle étroit. Leur gestion peut être confiée à des tiers, personnes morales de droit public ou de droit privé. La directive « secteurs exclus » prévoit cependant que, dès lors que ces tiers peuvent être qualifiés d'entités adjudicatrices, ils doivent respecter une procédure de mise en concurrence minimale dans leurs relations contractuelles. Ces prescriptions ont été transposées en droit interne par l'ordonnance du 6 juin 2005⁸⁴ et ne sont applicables aux sociétés d'économie mixte locales que dans la mesure où celles-ci peuvent être qualifiées d'entités adjudicatrices.

567. La directive « secteurs exclus » définit les entités adjudicatrices, notamment⁸⁵ comme « des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 3 à 7 »⁸⁶. Le critère organique est complété d'un critère matériel selon lequel l'entité doit exercer une activité de réseau. La directive 2004/17/CE reprend la définition du pouvoir adjudicateur énoncée par la directive 2004/18/CE. L'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des pouvoirs adjudicateurs reste dépendante de l'analyse factuelle du fonctionnement de la société et en particulier de l'absence de risques financiers lors de l'exercice de ses activités. Elle demeure aussi incertaine dans le cadre de la directive « marchés publics » que dans celle de la directive « secteurs exclus ». Le champ de cette dernière n'est cependant pas limité aux seuls pouvoirs adjudicateurs, mais s'étend aux entreprises publiques, définies très largement par le droit de l'Union⁸⁷.

83. Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE*, L. 134, 30 avril 2004. Sur la notion d'entité adjudicatrice, *cf.*, notamment, NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 1092-1095 ; RICHER (L) - *op. cit.* - n° 995-997.

84. Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, *op. cit.*

85. L'article 3-I-4° de la directive du 6 juin 2005 précise, comme pour la qualification de pouvoir adjudicateur, qu'une entité adjudicatrice peut être un organisme de droit privé doté de la personnalité morale et constitué par d'autres pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines missions en commun. L'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à de tels organismes n'est pas certaine, en raison de la mixité de leur capital social, même si, dans la logique, l'économie mixte locale s'apparente souvent à une structure de mise en commun de compétences entre plusieurs collectivités territoriales. En pratique, le recours à ces éléments de définition n'est pas utile pour conclure à l'assimilation automatique des sociétés d'économie mixte locales à des entités adjudicatrices.

86. Article 2-2 a de la directive 2004/17/CE, transposée à l'article 4 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (*op. cit.*). La directive trouve également à s'appliquer à des organismes n'étant pas des entités adjudicatrices, dès lors qu'elles exercent une activité entrant dans le champ de la directive et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre (article 2-2 b) de la directive 2004/17/CE). Dans la mesure où les sociétés d'économie mixte locales sont, par nature, des entreprises publiques, la référence à ce second critère est inutile.

87. Selon l'article 2-1 b, est une entreprise publique « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante

568. Les sociétés d'économie mixte locales correspondent à la définition européenne des entreprises du secteur public. Elles sont, d'une part, des entreprises au sens européen, car elles exercent une activité économique⁸⁸ même si celle-ci peut n'être que marginale⁸⁹. Il n'y a pas de contradiction à ce qu'une société d'économie mixte locale puisse être qualifiée soit d'organisme de droit public, c'est-à-dire d'entité créée spécifiquement pour la satisfaction de besoin d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial, soit d'entreprise. L'appartenance des sociétés d'économie mixte locales au secteur public transparaît, d'autre part, par la domination qu'exercent les collectivités territoriales actionnaires. La directive « secteurs exclus » impose, comme condition, que d'autres pouvoirs adjudicateurs « détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ; ou disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ; ou [puissent] désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise ». Les articles L. 1521-1 et L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales permettent une double assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des entreprises publiques, puisque la majorité du capital, ainsi que la majorité des sièges dans le conseil d'administration de la société sont réservées aux collectivités territoriales, pouvoirs adjudicateurs par nature. Les sociétés d'économie mixte locales ne sauraient échapper à la qualification d'entités adjudicatrices, soit en leur qualité de pouvoirs adjudicateurs, soit en celle, plus certaine, d'entreprises publiques⁹⁰.

est présumée lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise : détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ; ou disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ; ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise ». La directive s'inscrit dans le prolongement du droit de l'Union européenne qui aborde la notion d'entreprise publique de façon extensive. Elle reprend la définition proposée par la directive 80/723/CEE du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (*JOCE*, L. 195, 29 juillet 1980, p. 1), telle que modifiée par la directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (*JOUE*, L. 318/17, 17 novembre 2006). Sur la notion d'entreprise publique, cf. CHÉROT (J-Y) - *Droit public économique* - op. cit., n° 89 ; COLSON (J-P), IDOUX (P) - *Droit public économique* - Paris, LGDJ, 5^e éd., 2010, n° 1625-1627 ; LE MESTRE (R) - La définition du secteur public en droit communautaire - *RRJ*, 1999, p. 895 et s.

88. La notion d'entreprise reçoit une définition extensive. En particulier, elle ne dépend pas de l'existence d'une personnalité morale, et peut être appliquée pour des organismes n'exerçant pas d'activité lucrative à titre principal (cf. CJCE, 27 avril 1991, *Klauss Höfner et Fritz Elser Manessmann Anlagenbau Austria AG e. a*, C-41/90, Rec. CJCE I-1979, conclusions Jacobs). Sur la notion d'entreprise, cf., notamment, ARCELIN (L) - *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire* - Paris, Litec, 2003, 554 p. ; COLSON (J-P), IDOUX (P) - op. cit. - n° 105-132.

89. La Cour de justice de l'Union européenne n'exige pas qu'une entreprise exerce principalement des activités économiques. Si la poursuite d'activités à finalité sociale en l'absence de buts lucratifs permet de rejeter la qualification d'entreprise (CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, Rec. CJCE I-637), l'exercice d'activités concurrentielles, à titre facultatif, ne permet pas à l'organisme d'échapper à la qualification d'entreprise (CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, C-244/94, Rec. CJCE I-4013, conclusions Tesauro, concernant la Caisse nationale d'assurance vieillesse agricole qui proposait un régime de retraite complémentaire assorti d'un avantage fiscal dont ne bénéficiaient pas les autres compagnies d'assurance). Cf. COLSON (J-P), IDOUX (P) - op. cit. - n° 103.

90. Pour une illustration de la qualification d'entité adjudicatrice, cf. CRC Pays de la Loire, ROD 11 mai 2006, *Société d'économie mixte des transports en commun de l'agglomération nantaise (SEMITAN)*, point 6.2 ; CRC Champagne-Ardenne, ROD 14 février 2007, *Société d'économie mixte Europort-Vatry*, point 2.3.3.

569. Les sociétés d'économie mixte locales sont par nature des entités adjudicatrices, sans qu'il soit besoin de procéder à l'analyse détaillée de la nature de leurs activités, ou de l'enjeu de leur création pour leurs actionnaires majoritaires. Comme pour la qualification de pouvoir adjudicateur, ce sont les relations entretenues avec les collectivités territoriales actionnaires et non la nature de société commerciale qui permettent de soumettre les sociétés aux règles des directives. Par conséquent, l'application de la théorie des prestations intégrées dans les relations des sociétés avec les collectivités territoriales est un indice supplémentaire de cette qualification⁹¹. Dès lors, les sociétés publiques locales peuvent être qualifiées d'organismes adjudicateurs par nature, car la loi du 28 mai 2010 les place automatiquement dans le champ des prestataires intégrés aux collectivités territoriales⁹². La reconnaissance de cette qualité d'organisme adjudicateur entraîne l'application des règles de la concurrence à leurs propres relations contractuelles, car les sociétés d'économie mixte locales (ou les sociétés publiques locales) agissent en réalité comme des exécutants de la volonté des collectivités territoriales.

SECTION 2

LA MISE EN CONCURRENCE DES CONTRATS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

570. L'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des organismes adjudicateurs souligne l'ambivalence de leurs relations avec les collectivités territoriales. Elles ne peuvent pas passer avec des tiers des délégations de service public, car seules des personnes publiques peuvent être des autorités déléguantes⁹³. L'application des dispositions du code des marchés publics leur est également impossible, celui-ci étant réservé aux seules personnes publiques⁹⁴. En revanche, elles sont tenues de mettre en concurrence la passation des contrats de droit privé qu'elles concluent avec des tiers (§ 1). La nature de leurs relations avec les collectivités territoriales peut également entraîner la requalification de leurs contrats en contrats administratifs (§ 2).

§ 1. LA MISE EN CONCURRENCE DES CONTRATS DE DROIT PRIVÉ DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

571. L'attribution aux sociétés d'économie mixte locales de la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice a des répercussions importantes sur leur fonctionnement. Elle entraîne une obligation de mise en concurrence de l'ensemble de leurs contrats. Suivant qu'elles agissent comme pouvoirs adjudicateurs ou comme entités adjudicatrices, les modalités de la mise en concurrence

91. CRC Lorraine, ROD 9 août 2005, *Société d'économie mixte Metz Technopôle*, n° 3.3.2.1.

92. Sur la création des sociétés publiques locales, cf. *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

93. Cf. NICINSKI (S) - *op. cit.* - n° 1200.

94. Article 2 du code des marchés publics.

divergent⁹⁵. Lorsqu'elles agissent comme prestataires des collectivités territoriales, les obligations de mise en concurrence sont multipliées (I). Mais les conséquences de l'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des organismes adjudicateurs sont plus importantes, puisque, même lorsqu'elles agissent pour d'autres personnes que leurs actionnaires publics ou lorsqu'elles agissent pour leur propre compte, elles ont également l'obligation de mettre en concurrence leurs contrats (II).

I. LA MULTIPLICATION DES OBLIGATIONS DE MISE EN CONCURRENCE DES MARCHÉS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PRESTATAIRES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

572. L'application fonctionnelle et extensive des règles de la commande publique aux contrats des sociétés d'économie mixte locales est justifiée par la crainte que les collectivités territoriales ne se servent de structures qui, sous couvert d'une indépendance purement formelle, n'en sont en réalité que de simples démembrements. Elle marque l'éloignement de la conception organique de l'économie mixte locale prévalant dans l'analyse des relations contractuelles avec les collectivités territoriales. Alors que l'autonomie de la société est l'élément central du refus d'appliquer la théorie des prestations intégrées, la logique est renversée lorsqu'il s'agit de savoir si les sociétés doivent organiser une procédure de mise en concurrence pour le choix de leurs partenaires contractuels. Dans cette hypothèse, ce sont les liens institutionnels des sociétés avec leurs actionnaires publics qui justifient l'application d'un régime de droit public. Les sociétés d'économie mixte locales n'agissent pas simplement comme prestataires des collectivités territoriales, mais relayent leur action économique. Elles en deviennent une émanation, et il est cohérent qu'elles soient soumises au respect des règles de mise en concurrence dans leurs relations contractuelles avec des tiers.

573. La transposition des directives « marchés publics » et « secteurs exclus » a entraîné un assouplissement de « l'opposition conceptuelle entre droit interne et droit communautaire » quant à l'application des règles de mise en concurrence⁹⁶. Traditionnellement, seules les personnes publiques étaient, selon le droit interne, soumises à une obligation de mise en concurrence de leurs marchés⁹⁷. Le législateur marquait son attachement à une approche organique du droit de la commande publique, limitant son application aux marchés publics conclus par

95. Sur les procédures applicables aux marchés publics, cf. RICHER (L) - *op. cit.* - n° 808-997, et en particulier, n° 803-805 pour les procédures applicables aux entités adjudicatrices.

96. Pour une présentation de celle-ci, avant la transposition des directives communautaires, cf. SESTIER (J-F) - Les personnes soumises au droit communautaire : pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice - *LPA*, 2 février 2000, p. 46 et s.

97. Il existait cependant des exceptions permettant d'assimiler certaines personnes privées à des pouvoirs adjudicateurs. En particulier, les sociétés d'économie mixte locales étaient considérées comme des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'elles concluaient des contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre pour des besoins de service public (article 48-1 de la loi du 29 janvier 1993), ou lorsqu'elles exerçaient une activité de construction ou de gestion de logements sociaux (article L. 481-4 du code de la construction et de l'habitation). Le professeur Sestier souligne que « ces exceptions inclusives confirment l'importance du critère organique », l'assimilation des sociétés à des pouvoirs adjudicateurs n'étant pas issue du code des marchés publics mais de lois spécifiques (*in - op. cit.* - p. 48)

les personnes publiques⁹⁸ et, par exception, à certaines personnes privées⁹⁹. Le droit de l'Union européenne a toujours privilégié une appréhension matérielle et fonctionnelle de la commande publique. Peuvent ainsi relever du droit de la commande publique les contrats des personnes privées, dès lors qu'ils traduisent l'influence prépondérante des pouvoirs publics sur son exécution et l'absence subséquente de loyauté de l'opérateur de droit privé, dissimulant difficilement « la puissance publique [...] derrière le paravent du droit privé »¹⁰⁰. Pour assurer l'effectivité du droit, « la notion d'État [...] doit recevoir une interprétation fonctionnelle », car son but « serait en effet compromis, si l'application du régime de la directive devait être exclue du seul fait qu'un marché public de travaux est adjudgé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches que la loi lui confère, n'est pas forcément intégré à l'administration de l'État »¹⁰¹. Depuis la transposition des directives marchés, le droit interne reprend cette « interprétation englobante »¹⁰², et l'applique aux sociétés d'économie mixte locales.

574. L'indépendance, au moins formelle, des sociétés est indiscutable et ne permet guère d'envisager une évolution de la position du juge de l'Union européenne à cet égard. Pourtant, lorsqu'elles agissent comme prestataires des collectivités, elles ne font que relayer l'action publique économique et, comme pour tout organisme adjudicateur, sont soumises à une procédure de mise en concurrence systématique de leurs contrats avec des tiers. L'indépendance de la société cède devant son absence d'autonomie, et est insuffisante pour que la société demeure un simple opérateur économique. Cette approche duale, entre indépendance et domination, rapproche les sociétés d'économie mixte locales des établissements publics industriels locaux. Comme ces derniers, les sociétés sont structurellement indépendantes des collectivités territoriales tout en demeurant directement sous leur influence.

575. Le code des marchés publics est plus précis quant à l'obligation pour les établissements publics locaux d'organiser la mise en concurrence de leurs

98. L'article 2 du code des marchés publics limite son champ d'application à l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux. Le code est applicable à tous les établissements publics créés par les collectivités territoriales, mais seulement à certains établissements publics nationaux. Cependant, cette distinction tend à disparaître, devant l'interprétation extensive des notions de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices prônée par les instances communautaires (cf. MAUGÜÉ (C) - Les EPIC face au droit de la commande publique - *JCP ACT*, juill. 2009, étude 2198, n° 8-12).

99. Par exemple, l'article 11 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence (*JORF*, 5 janvier 1991 p. 236). Sur le fondement de ces décisions, le juge administratif considère que la conclusion de certains contrats conclus par les sociétés d'auto-roues, personnes morales de droit privé, « est ainsi soumise à des obligations de publicité » (CE, 1^{er} avril 2009, *Société des autoroutes du Sud de la France (ASF)*, *Contrats Marchés publ.*, juin 2009, comm. 209, note Pietri).

100. MODERNE (F) - Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? (à propos des rapports entre initiative économique publique et initiative économique privée dans les États européens) - *RFDA*, 2001, p. 575.

101. CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV*, C-31/87, Rec. CJCE 04635, point 11. Cette approche vise « à donner son plein effet à la directive appliquée, sans trop se préoccuper du sens littéral » (RICHER (L) - *op. cit.* - n° 741).

102. NOGUELLOU (R) - À propos de la notion de pouvoir adjudicateur - Note sous CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy* - *Dr. Adm.*, août-sept. 2003, p. 24.

contrats¹⁰³. Celle-ci est généralisée, quel que soit l'objet de l'établissement, dès lors que les collectivités territoriales sont à l'origine de leur création¹⁰⁴. Ces établissements publics se trouvent dans la même situation que les sociétés d'économie mixte locales, et doivent – en principe – mettre en concurrence les contrats nécessaires à la réalisation de leurs missions définies statutairement. Dès lors, ils peuvent être soumis à une double procédure de mise en concurrence, dans leurs relations contractuelles éventuelles avec les collectivités territoriales, puis dans leurs rapports avec des tiers. Cependant, et à la différence des sociétés d'économie mixte locales, la création d'un établissement public emporte délégation de l'activité qui n'a, dès lors, pas à lui être confiée contractuellement¹⁰⁵. Mais ils peuvent également devenir titulaires de marchés publics ou de délégations de service public entrant dans le domaine de leurs compétences¹⁰⁶. Dans cette hypothèse, leur personnalité morale de droit public ne saurait leur permettre d'échapper aux procédures de publicité et de mise en concurrence organisées par les collectivités territoriales que s'ils sont assimilés à des prestataires intégrés des collectivités territoriales, le juge pouvant alors caractériser l'existence d'une relation *in house*.

576. Lorsqu'un établissement public est créé par une ou plusieurs collectivités territoriales pour réaliser une mission particulière à leur bénéfice, l'obligation de mise en concurrence est déplacée du stade de la création de l'organisme à celui de la passation de contrats par celui-ci pour réaliser sa mission. L'impératif de mise en concurrence de l'activité publique est sauvegardé, tout en évitant sa redondance. Les sociétés d'économie mixte locales ne bénéficient pas de cette simplification de leurs relations contractuelles, le juge refusant d'une part leur assimilation à des prestataires intégrés aux collectivités territoriales tout en les qualifiant de plus en plus largement, d'autre part, d'organismes adjudicateurs. La multiplication de ces obligations de mise en concurrence n'est pas satisfaisante. Elle devrait conduire les instances de l'Union et le législateur à choisir entre les deux options : soit rapprocher les sociétés des établissements publics et leur reconnaître le bénéfice de la théorie des prestations intégrées ; soit tirer les conséquences de ce qu'elles sont des sociétés commerciales et rejeter le principe de leur assimilation à des organismes adjudicateurs.

577. La multiplication des obligations de mise en concurrence des contrats des sociétés d'économie mixte locales est préjudiciable à l'efficacité de leur action, car elle ajoute une contrainte de droit public à leur fonctionnement. Or, l'objet de la réforme de l'économie mixte locale amorcée en 1983 – et complétée en 2002 – était de rapprocher leur fonctionnement de celui de sociétés commerciales¹⁰⁷.

103. Article 2 du code des marchés publics.

104. Le code des marchés publics fait une distinction entre les établissements publics de l'État, dont seuls ceux exerçant une activité autre qu'industriel et commercial relèvent du code, et les entreprises publiques locales, relevant par principe de ses dispositions (article 2 du code). La distinction entre les entreprises nationales et les entreprises locales a cependant tendance à s'effacer devant l'interprétation extensive de la notion d'organisme adjudicateur en droit communautaire (en ce sens, cf. MAUGÜÉ (C) *op. cit.* - n° 8-12).

105. Article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales (cf., BRACONNIER (S) - *Droit des services publics* - Paris, PUF, 2^e éd., 2007, p. 445-446).

106. CE Avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants, RFDA*, 2001, p. 112 et s., concl. Bergeal.

107. Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales (*JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099), modifiée par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales (*JORF*, 3 janvier 2002, p. 121).

La notion d'économie mixte, telle qu'elle est appréhendée par les instances de l'Union, ne permet plus de concilier les objectifs de la loi avec les contraintes du droit européen. Pour pallier ces difficultés, celles-ci s'orientent vers une généralisation de l'obligation de mise en concurrence des actionnaires minoritaires lors de la constitution de la société¹⁰⁸. Les partenariats public-privé institutionnalisés ainsi constitués sont exempts de mise en concurrence dans leurs relations contractuelles avec les collectivités territoriales actionnaires. Mais cela ne signifie pas, pour autant, que leurs relations contractuelles avec des tiers seraient exemptes de mise en concurrence. Leur appartenance au secteur public autant que la nature de leurs activités, qui ne diffèrent pas de celle des sociétés d'économie mixte locales, en font des organismes adjudicateurs dans les mêmes conditions que ces dernières. Loin de simplifier les relations, l'émergence des partenariats public-privé institutionnalisés ne fait que déplacer une partie du problème. Le renforcement de la présence des collectivités territoriales au sein des sociétés semble la seule solution permettant de préserver le principe de l'intervention publique par le biais d'une structure de droit privé, à la condition que le bénéfice de la théorie des prestations intégrées leur soit reconnu¹⁰⁹. Elle marque cependant le recul du procédé de l'économie mixte et du partenariat public-privé.

578. Malgré leur rapprochement, les sociétés d'économie mixte locales et les établissements publics conservent leur nature propre. Ainsi, l'assimilation des sociétés à des organismes adjudicateurs est sans incidence sur la nature de leurs contrats¹¹⁰. Les dispositions du code des marchés publics sont toujours inopposables¹¹¹. Les contrats conclus avec des tiers ne seront des

108. Sur le partenariat public-privé institutionnalisé au sens communautaire, *cf. supra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

109. L'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales exonère des règles relatives aux délégations de service public les sociétés publiques locales « sur lesquelles la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent 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 l'établissement ou de la société ». Cette application de la théorie des prestations intégrées est limitée à l'exercice d'activités de service public et n'a pas encore été analysée par le juge de l'Union européenne, qui pourrait ne pas la retenir et imposer les règles de la concurrence dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés publiques locales. Sur la société publique locale, *cf. supra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

110. Ainsi, « les marchés relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 sont quant à eux tantôt des contrats administratifs, tantôt des contrats de droit privé, par application des critères jurisprudentiels bien connus (clause exorbitante ou participation au service public) » (MAUGÜÉ (C) - *op. cit.* - n° 16). Le juge administratif relève, par voie de conséquence, que dès lors qu'un contrat, même passé par un OPAC, n'est pas un contrat administratif, « les litiges relatifs à la passation de ce contrat, tels ceux liés à la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence posées par les dispositions de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005, relèvent de la seule compétence du juge judiciaire » (CE, 3 juin 2009, *Office public d'aménagement et de construction du Rhône (Opac du Rhône)*).

111. Par contre, elles peuvent décider, volontairement, de faire application de ces dispositions lorsqu'elles souhaitent passer un marché relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005 (article 3-II). Cela ne signifie pas pour autant que leurs contrats sont des marchés publics au sens du code, et le juge administratif confirme que les stipulations d'un contrat renvoyant pour son application au code sont sans conséquence sur l'administrativité éventuelle du contrat (TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauves c/ Gestetner*, TC, 5 juillet 1999, *Ugap c/ SNC Activ. CSA*, *CJEG*, 2000, p. 169).

contrats administratifs que s'ils correspondent aux critères jurisprudentiels¹¹² ou que lorsqu'il s'agit de concessions de travaux publics au sens de l'ordonnance du 15 juillet 2009¹¹³. Les sociétés d'économie mixte locales respectent les obligations de mise en concurrence dans leurs relations contractuelles avec des tiers, même lorsque leurs contrats ne sont pas des contrats administratifs. La portée de cette obligation est cependant très large puisque les organismes adjudicateurs doivent mettre en concurrence l'ensemble de leurs contrats.

II. L'EXTENSION DES OBLIGATIONS DE MISE EN CONCURRENCE À L'ENSEMBLE DES CONTRATS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

579. Dès lors qu'un adjudicateur est assujéti, pour la passation d'une partie de ses relations contractuelles, aux obligations issues des directives marchés, les dispositions européennes s'appliquent à l'ensemble de ses contrats. Cette approche extensive résulte de l'interprétation des directives opérée par la Cour de Justice de l'Union européenne¹¹⁴. Lorsqu'un organisme exerce concurremment des activités commerciales et d'autres ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, son assimilation à un pouvoir adjudicateur ou à une entité adjudicatrice devrait être limitée à la part de ses activités pouvant révéler l'influence d'un organisme adjudicateur. Dans l'affaire *Mannesmann*, la Cour de Justice de l'Union européenne a refusé cette interprétation. En l'espèce, un organisme autrichien était chargé de diverses activités d'imprimerie, dont celle des documents officiels. Il n'était pas contesté qu'il exerçait concomitamment des activités commerciales et d'autres présentant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Ses ressources étaient, à titre principal, issues de ses activités commerciales. La question posée à la Cour était celle de savoir si malgré la part importante de ses activités commerciales, l'entité pouvait être considérée comme un pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire un organisme de droit public créé « spécifiquement » pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial au sens de la directive « marchés publics »¹¹⁵. Pour la Cour, « la directive ne fait pas de distinction entre les marchés publics de travaux passés par un pouvoir adjudicateur pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et ceux qui n'ont pas de rapports avec cette mission »¹¹⁶. En conséquence, même si un pouvoir adjudicateur a de nombreuses activités commerciales, ses marchés, « quelle que soit leur nature », ne peuvent être passés que dans les conditions de publicité et de

112. RICHER (L) - *op. cit.* - n° 150-179.

113. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 15 juillet 2009 rompt avec l'approche traditionnelle des contrats administratifs, en disposant expressément que « les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs », qu'ils soient ou non conclus par des personnes privées. Comme le souligne G. Clamour, « il faut donc désormais compter avec des contrats administratifs, par détermination de la loi, conclus par des personnes privées » (*in* - Ombres et lumières de l'ordonnance relative aux concessions de travaux publics - *Contrats et Marchés publ.*, août sept. 2009, étude 9, n° 8).

114. En ce sens, *cf.* CJCE, 15 janvier 1998, *Manessmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, *op. cit.*, *CJEG*, 1998, p. 239 et s., note Bréchon-Moulènes et Richer ; CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, C-360/96, Rec. CJCE 1 998 I-06821., conclusions La Pergola, *BJCP*, 1999, n° 2, p. 155 et s.

115. Article 1^{er} de la directive 93/37/CEE, repris à l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE.

116. CJCE, 15 janvier 1998, *Manessmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, *op. cit.*, point 32.

mise en concurrence définies par les directives¹¹⁷. Cette approche globalisante¹¹⁸ n'est pas limitée à la seule définition du pouvoir adjudicateur et peut être étendue à celle d'entité adjudicatrice. En conséquence, lorsqu'une société d'économie mixte locale est assimilée à un organisme adjudicateur, l'ensemble de ses marchés seront soumis aux procédures des directives, peu importe que la société agisse à des fins purement commerciales ou dans son intérêt propre.

580. La législation sur l'économie mixte locale ne reprend pas cette obligation de mettre en concurrence l'ensemble des marchés des sociétés entrant dans le cadre des directives marchés et des ordonnances de 2005 et 2009. Le code général des collectivités territoriales est centré sur les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Néanmoins, le juge financier rappelle expressément que les sociétés ne sauraient s'affranchir des obligations de mise en concurrence lors de la conclusion de leurs marchés, même pour la satisfaction de leurs besoins propres¹¹⁹.

581. L'application du droit de la commande publique aux relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales est de plus en plus étendue. Généralisée pour la passation de leurs contrats avec les collectivités territoriales, elle tend à le devenir également lors de la conclusion de leurs marchés avec des tiers, quelle que soit la finalité du contrat. Lorsque les sociétés d'économie mixte locales interviennent dans les secteurs dits « spéciaux », elles sont systématiquement qualifiées d'entités adjudicatrices. Lorsqu'elles exercent une activité relevant de la directive « marchés », leur qualification de pouvoir adjudicateur demeure incertaine, bien qu'elle soit largement admise.

582. La reconnaissance de la qualité d'organisme adjudicateur n'est pas liée aux relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales avec les collectivités territoriales, mais à leurs relations institutionnelles. Elle est fonctionnelle, pour garantir l'effectivité de l'application des règles du droit de la commande publique. Les sociétés d'économie mixte locales se trouvent dans une situation délicate lorsque, en marge de leurs activités définies statutairement, elles interviennent au profit de tiers. Elles devront mettre en concurrence les marchés nécessaires à la réalisation de cette mission, alors même qu'elles auraient été choisies sans appel à la concurrence, dans l'hypothèse où elles interviendraient comme prestataires de personnes privées¹²⁰.

117. *Idem*, point 35. La Cour justifie son raisonnement en précisant que « l'interprétation [de la directive « marchés »] selon laquelle son application varierait en fonction de la part relative, plus ou moins étendue, de l'activité exercée en vue de satisfaire des besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial serait contraire au principe de la sécurité juridique qui exige qu'une règle communautaire soit claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés » (*Idem*, point 34).

118. BRÉCHON-MOULÈNES (C), RICHER (L) - Note sous CJCE, 15 janvier 1998, *Manessmann Anlagenbau Austria AG e.a.* - CJEG, 1998, p. 248. Dans le même sens, cf. KARPENSCHIF (M) - *op. cit.* - p. 529 ; SESTIER (J-F) - *op. cit.* - p. 57.

119. Calculant son raisonnement sur celui de la Cour de justice de l'Union européenne, la Chambre régionale des comptes de Champagne-Ardenne a assimilé la SEM RDI à un organisme adjudicateur, même pour ses besoins propres (CRC Champagne-Ardenne, ROD 20 avril 2000, *Société d'économie mixte Reims Développement Informatique (SEM RDI)*, p. 8). La Cour de discipline budgétaire et financière est à cet égard sibylline, considérant que dès lors que la société est un pouvoir adjudicateur, elle « devait appliquer le code des marchés publics pour l'ensemble de ses contrats » (CDBF, 25 novembre 2010, *Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris (SIEMP)*, *op. cit.*).

120. C'est l'hypothèse d'une société d'économie mixte locale d'aménagement et de construction, intervenant, en marge de ses missions d'aménagement public, pour le compte d'un entrepreneur privé. L'obtention du contrat avec l'entrepreneur privé n'est pas soumise au respect des directives

583. L'assimilation, même conditionnée, des sociétés d'économie mixte locales à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices, souligne aussi bien les paradoxes de la jurisprudence que les limites à l'ambivalence de leurs relations avec les collectivités territoriales. En premier lieu, l'approche européenne est paradoxale, car elle prône deux conceptions différentes de l'économie mixte locale suivant que la Cour analyse les relations contractuelles des sociétés avec leurs actionnaires publics ou avec des tiers. Lors de la conclusion des contrats avec leurs actionnaires publics d'une part, les sociétés d'économie mixte locales sont assimilées à de véritables entrepreneurs. Pour la Cour, « tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente de ceux poursuivis par une autorité publique »¹²¹. Dès lors, les sociétés d'économie mixte locales ne peuvent être des démembrements des collectivités, et doivent nécessairement être mises en concurrence. Mais d'autre part, dans leurs relations contractuelles avec des tiers, la Cour admet que les sociétés sont des organismes adjudicateurs qui ne peuvent conclure leurs propres marchés qu'au terme d'une procédure de mise en concurrence. En tenant ce raisonnement, elle reconnaît, implicitement mais nécessairement, que les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales ne correspondent pas au modèle capitalistique prôné par le droit des sociétés, et que l'objet de ces sociétés ne diffère pas fondamentalement de celui que poursuivent leurs actionnaires publics.

584. En second lieu, la multiplication des obligations de mise en concurrence des contrats souligne les limites de l'ambivalence de l'économie mixte locale. L'appréhension variable de la nature des sociétés d'économie mixte locales, entreprises indépendantes dans leurs relations avec les collectivités, mais démembrements des collectivités dans leurs relations avec des tiers, entraîne une multiplication des obligations de mise en concurrence préjudiciable à la souplesse de leurs interventions. Les sociétés d'économie mixte locales ont été créées sous la forme de sociétés commerciales pour échapper aux contraintes du droit administratif, et sont confrontées à de nouveaux impératifs qui échappent pour une large part aux personnes publiques¹²². L'ambivalence des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales devient, progressivement, la cause du désintéressement pour la formule de l'économie mixte locale. Pas assez rattachées au secteur public, elles doivent être mises en concurrence dans leurs rapports avec leurs actionnaires publics. Trop éloignées du secteur privé, elles ne peuvent passer de marchés avec des tiers que dans le respect du droit de la commande publique. Pourtant, les sociétés d'économie mixte locales sont principalement des relais de l'action économique locale. Leur mise en concurrence par les collectivités territoriales lors de l'attribution de leurs contrats est inutile, car inefficace. Le choix pour la formule de l'économie mixte locale est opéré dès la constitution

communautaires, celui-ci n'étant pas un organisme adjudicateur et la société intervenant dans ce contrat en qualité d'opérateur économique. La société d'économie mixte locale devrait néanmoins soumettre les marchés qu'elle souhaite passer pour la réalisation de cette mission à une procédure de mise en concurrence, car elle est, globalement, un pouvoir adjudicateur.

121. CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, point 64.

122. Par exemple, lorsqu'une collectivité crée un établissement public industriel et commercial, elle lui attribue statutairement sa mission de service public, sans mise en concurrence. Elle peut même, lorsque cet établissement public diversifie ses activités et souhaite se porter candidat à l'obtention d'un marché public, se prévaloir de l'existence d'une relation *in house* et lui attribuer le marché en dehors des obligations de mise en concurrence.

de la société, et non lors du choix du prestataire de la collectivité. Dès lors, il faut envisager un dépassement des obligations de mise en concurrence dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales.

§ 2. LA REQUALIFICATION ÉVENTUELLE DES CONTRATS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES EN CONTRATS ADMINISTRATIFS

585. Les sociétés d'économie mixte locales sont des personnes morales de droit privé par détermination de la loi¹²³. Les contrats qu'elles concluent avec des tiers de droit privé sont, par principe, des contrats de droit privé car ils ne mettent en présence aucune personne publique¹²⁴. Le critère organique du contrat n'est cependant pas absolu et peut être dépassé dans les relations contractuelles entre deux personnes privées. Deux interprétations sont proposées pour légitimer la jurisprudence administrative. Le contrat peut être administratif, car l'action de la personne privée est exercée pour le compte d'une personne publique, la personne privée étant mandataire de la personne publique¹²⁵. Le contrat peut également être administratif dès lors que la personne privée n'a pas d'existence réelle et n'est en réalité qu'une structure de droit privé masquant l'action de la personne publique. L'administrativité du contrat découle de ce que la personne publique est réputée avoir agi directement, par l'intermédiaire de la personne privée, cette dernière étant réputée transparente¹²⁶. Les deux théories se différencient quant à leurs effets, le mandat étant limité à la qualification du contrat, tandis que la théorie des personnes transparentes permet d'envisager plus largement la responsabilité de la personne publique derrière l'action de la personne privée. Le juge n'a pas véritablement tranché entre ces deux conceptions et les emploie suivant les besoins de l'espèce¹²⁷.

586. L'économie mixte locale est particulièrement propice au développement de contrats administratifs entre personnes privées. Le juge applique généralement la théorie du mandat en procédant à une analyse détaillée du contrat pour

123. Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

124. À titre illustratif, cf. Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 2007, *Société Pollet c/ Société d'économie mixte La Madeleine (SAIEM)* : « les sociétés d'économie mixte locales sont des personnes morales de droit privé qui ne sont pas soumises au code des marchés publics et que les contrats qu'elles concluent [...] avec une personne privée, sont des contrats de droit privé ». Cf. RICHER (L) - *Droit des contrats administratifs* - Paris, LGDJ, 7^e éd., 2010, n° 150-179 (critères jurisprudentiels du contrat administratif) et n° 199-202 (principe selon lequel le contrat conclu entre deux personnes privées est un contrat privé).

125. En ce sens, cf. CANEDO (M) - *Le mandat administratif* - Paris, LGDJ, 2001, 876 p.

126. En ce sens, cf. LICHÈRE (F) - *Les contrats administratifs entre personnes privées : représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif* - Thèse, Montpellier I, 1998, 512 p.

127. Ainsi, le commissaire du gouvernement Boulouis a successivement conclu à l'utilisation de la théorie de la transparence (*in* - Conclusions sur CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*) puis à celle du mandat (*in* - Conclusions sur CE, 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*). Dans les deux cas, ses conclusions ont été suivies par le Conseil d'État (CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, Rec. 130, *Contrats et Marchés publ.*, sept. 2007, comm. 14, note Lichère ; CE, 17 juin 2009, *Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte*, Req. 297409, *Contrats et Marchés publ.*, août 2009, comm. 284, note Eckert).

chercher à savoir si la société a agi pour le compte de ses actionnaires ou dans son propre intérêt. Cette interprétation n'est cependant pas entièrement satisfaisante dans la mesure où elle ne prend pas en compte la domination institutionnelle exercée par les actionnaires publics sur les sociétés. L'approche classique des relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales par la théorie du mandat (I) peut être renouvelée par le recours à la théorie de la transparence (II)

I. L'APPROCHE CLASSIQUE DES RELATIONS CONTRACTUELLES PAR LA THÉORIE DU MANDAT

587. Pour que la qualité de mandataire soit reconnue à une société d'économie mixte locale, il est nécessaire que le juge reconnaisse que celle-ci agit « pour le compte » d'une personne publique¹²⁸. Cette référence à une subordination paraît évidente dans le cas des sociétés d'économie mixte locales puisque celles-ci sont créées par les collectivités territoriales et pour exercer à titre principal des missions d'intérêt général à leur bénéfice. Pourtant, le juge s'est toujours refusé à prendre en compte les relations institutionnelles pour reconnaître l'existence du mandat. Préférant développer une approche généraliste de la notion qui n'est pas limitée aux seules sociétés d'économie mixte, le juge a procédé de façon impressionniste¹²⁹ et parfois déroutante¹³⁰.

588. Les hypothèses dans lesquelles le juge administratif ou le Tribunal des conflits ont eu recours, plus ou moins explicitement, à une notion de mandat inspirée du droit civil sont relativement nombreuses. Leur appréhension globale reste malaisée, car le juge ne semble pas certain du fondement auquel il recourt. Dans sa jurisprudence *Société entreprise Peyrot*, le Tribunal des conflits fait référence à la notion d'activité relevant « par nature » de l'État, exclusive de l'idée de mandat¹³¹. Dans sa jurisprudence *Société d'équipement de la région montpelliéraine (SERM)*, le Conseil d'État lui préfère celle d'activité exercée « pour le compte » de personnes publiques, qui renvoie plus directement à l'idée de mandat¹³². L'opposition conceptuelle entre ces jurisprudences¹³³ peut être dépassée par la recherche d'un critère explicatif commun. Pour M. Canedo, ce sont des « considérations relationnelles » qui ont guidé le juge tant dans la jurisprudence *Peyrot* que dans la jurisprudence *SERM*¹³⁴. Dans la première espèce, la notion

128. À titre illustratif, cf. CE, 17 juin 2009, *Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte*, op. cit. Le Tribunal des conflits en déduit que le contrat par lequel une société d'économie mixte locale agit « pour son propre compte et non pour le compte d'une personne morale de droit public, est un contrat de droit privé » (TC, 20 février 2006, *Guy X c/ Bureau d'études BERIM*, Inédit, *Rapport public annuel 2006*, Paris, Éditions du Journal officiel, 2006, 3498).

129. LICHÈRE (F) - Le renouvellement de la théorie de la transparence des personnes privées - Note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt - Contrats Marchés publ.*, juil. 2007, étude 14.

130. RICHER (L) - op. cit. - n° 214.

131. TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, Rec. 787, GAJA, n° 89, p. 589 et s. Cette position est régulièrement rappelée par le juge administratif (cf. not., CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (S)*, Req n° 332136, *RJEP*, 2011, n° 687, comm. 29, note Terneyre).

132. CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine (SERM)*, Rec. 326, *AJDA*, 1975, p. 345 et s., chron. Franc et Boyon.

133. En ce sens, cf. HUBRECHT (H-G) - *Les contrats de service public* - Thèse, Bordeaux, 1980, p. 176-177.

134. En ce sens, cf. CANEDO (M) - op. cit. - p. 265.

d'activité relevant « par nature » exprime le lien indissociable existant entre la personne publique dont relèvent l'activité et la personne à qui elle est confiée. C'est ce lien qui justifie que les contrats que la personne privée passe pour la réalisation de cette activité soient qualifiés d'administratifs¹³⁵. Dans la seconde espèce, le lien est plus manifeste puisque le contrat unissant le mandataire à son mandant impose que celui-ci réalise certaines activités. Dès lors que la société met en œuvre ce mandat, les contrats conclus avec des tiers sont des contrats administratifs¹³⁶. Dans le cas contraire, il s'agit de contrats privés¹³⁷. Le juge fonde son analyse sur un faisceau d'indices propres au contrat, qui tendent à prouver que la société a agi pour le compte de la personne publique¹³⁸.

589. L'économie mixte est un terrain de prédilection pour l'application de la théorie du mandat, même si le juge a toujours refusé d'appréhender directement les relations des collectivités territoriales avec les sociétés pour fonder son analyse. Pourtant M. Canedo note que la jurisprudence s'est « le plus souvent » appliquée aux sociétés d'économie mixte locales d'aménagement et de construction, parce qu'elles « entretiennent avec les collectivités maîtresses de l'ouvrage des relations dont les caractéristiques constituent un terrain d'élection pour l'application du critère de l'action "pour le compte de" »¹³⁹. Ces relations ne sont pas seulement de nature contractuelle, mais également institutionnelle, les sociétés étant constituées pour l'aménagement de zones précises au profit de leurs actionnaires. Lorsque les sociétés agissent pour le compte des collectivités cocontractantes, c'est nécessairement parce que les collectivités, en tant qu'actionnaires majoritaires, ont influé sur la prise de décision. Il n'est pas évident de déterminer abstraitement dans quelle mesure, une décision adoptée par les organes dirigeants de la société émane, en réalité, directement des collectivités. La solution d'espèce pouvait s'appuyer sur les considérations de la Cour des comptes formulées à l'encontre des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroute¹⁴⁰. Un raisonnement similaire peut, néanmoins, être tenu à propos des sociétés d'économie mixte au

135. Cette appréciation fait régulièrement l'objet de vives critiques, fondées notamment sur le constat que « décider, en droit, que la construction des routes nationales appartient « par nature » à l'État... ne veut rien dire comme à chaque fois qu'il est question de droit "naturel" » (TERNEYRE (P) - Pourquoi les marchés de travaux des sociétés concessionnaires d'autoroutes conclus avec des entreprises privées devraient-ils relever « par nature » de la compétence de la juridiction administrative ? - Note sous CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF)* - *RJEP*, 2011, n° 687, comm. 29).

136. Cf. par exemple, CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine (SERM)*, *op. cit.* ; TC, 7 juillet 1975, *Commune d'Agde*, Rec. 798. Pour une illustration récente, cf. CE, 17 juin 2009, *Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte*, *op. cit.*

137. Cf., par exemple, Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 2007, *Société Pollet c/ Société d'économie mixte La Madeleine (SAIEM)*, *op. cit.*

138. Au titre de ces indices : la remise des ouvrages construits à la collectivité dès leur achèvement (par ex. CE, 19 juillet 1977, *Société Nord Océan Poirsos et Cie*), la substitution de plein droit de la collectivité publique au concessionnaire de l'action en responsabilité décennale (par ex. CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *op. cit.*) ou encore la possibilité de recevoir des subventions normalement attribuées aux collectivités territoriales (par ex. CE, 30 juin 1976, *Société d'économie mixte de la ville d'Aix-en-Provence*).

139. CANEDO (M) - *op. cit.* - p. 252.

140. Pour la Cour des comptes, « le recours à des S.E.M. concessionnaires ne semble pas justifié s'il s'agit d'organismes de façade ne contribuant pas dans une mesure appréciable à l'apport des capitaux nécessaires » (in - *Rapport public annuel 1963* - Paris, Éditions du Journal officiel, 1965, p. 27). Le ministre de l'Équipement, A. Chalandon, reconnaissait d'ailleurs que « derrière le monopole apparent de ces sociétés, il se cache un monopole de fait, qui est celui de l'État. Ces sociétés sont des trompe-l'œil, des faux nez de l'État » (JO Déb. AN, 3 octobre 1969, p. 2487).

niveau local, parfois qualifiées de « coquilles vides » par le juge financier¹⁴¹. Il est indéniable que par leur domination institutionnelle les collectivités poussent les sociétés à exercer des missions à leur profit. Le juge administratif est d'ailleurs de plus en plus enclin à prendre en compte ces relations par le biais de la théorie de la transparence.

II. L'APPROCHE RENOUVELÉE DES RELATIONS CONTRACTUELLES PAR LA THÉORIE DE LA TRANSPARENCE

590. Le Conseil d'État a renouvelé son approche de la notion de contrat administratif conclu entre deux personnes privées à propos d'une association para-administrative. Sortant d'une analyse purement contractuelle, le juge administratif considère que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs »¹⁴². Ce faisant, il valide *a posteriori* le raisonnement de J.-B. Auby selon lequel « certaines personnes privées dans bien des cas donneront, de façon aiguë, une impression de transparence, qui est cause, par exemple, de la perplexité des commentateurs de la jurisprudence *Peyrot* »¹⁴³. Surtout, la jurisprudence met un terme aux doutes subsistants quant à une éventuelle validation de la théorie de la transparence par le juge, depuis la jurisprudence *Laurent*¹⁴⁴.

591. Le commissaire du gouvernement Lasry, dans ses conclusions sur la décision *Peyrot*, avait déjà évoqué le sort des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes, « très loin de la conception traditionnelle du concessionnaire », car « les moteurs traditionnels de l'initiative privée font entièrement défaut »¹⁴⁵. Pourtant, le Tribunal des conflits s'était tenu à une utilisation minimale de ses observations, en reprenant la solution sans en suivre le raisonnement.

141. Cf. CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, 18 décembre 2002, *Société d'économie mixte de Saint-Tropez (SEMITROP)*, p. 6 ; CRC Champagne-Ardenne, ROD 30 septembre 2003, *Société anonyme d'économie mixte Sparna Distri Énergie*, n° 1.2.2.2.

142. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, Rec. 130, *Contrats Marchés publ.*, sept. 2007, comm. 14, note Lichère.

143. AUBY (J-B) - *La notion de personne publique en droit administratif* - Thèse, Université de Bordeaux I, 1979, p. 111.

144. En l'espèce, le Tribunal des conflits avait reconnu qu'un comité des fêtes devait être regardé comme ayant agi pour la commune « eu égard à sa composition et aux modalités de son financement » (TC, 22 avril 1985, *Laurent c/ Comité des fêtes de Saint-Rémy-de-Provence*). De nombreux auteurs ont vu dans cette jurisprudence la consécration de la théorie de la transparence, le comité n'étant qu'une « émanation pure et simple de la commune » (AZIBERT (M), De BOISDEFFRE (M) - *AJDA*, 1987, p. 449), une « association "fictive" ou "administrative" » (LICHÈRE (F) - *Les contrats administratifs entre personnes privées : représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, op. cit., p. 263) ou encore « une personne morale de droit privé de façade » (DONDOUX (P) - Conclusions sur CE, 2 février 1979, *Ministère de l'agriculture c/ M. Gauthier - AJDA*, 1979, p. 49). D'autres au contraire y ont décelé une manifestation de la théorie du mandat (CANEDO (M) - op. cit. - p. 242-249).

145. LASRY (C) - Conclusions sur TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot - D.*, 1963, p. 535. Le commissaire du gouvernement note en particulier que « la maîtrise de l'affaire échappe aux apporteurs de capitaux privés, puisque les intérêts publics sont majoritaires dans les assemblées générales et commandent la formation des conseils d'administration ».

Se limitant à l'analyse du contrat, il avait refusé de généraliser la portée de sa solution à l'ensemble des sociétés d'économie mixte concessionnaires, et encore moins à l'ensemble des sociétés à participation publique majoritaire. Désormais, les relations institutionnelles sont prises en compte dans l'analyse des relations contractuelles entretenues par l'organisme avec des tiers de droit privé.

592. La théorie du mandat n'est pas dépassée, mais plutôt complétée par celle de la transparence. Dans ses conclusions sur la décision *Commune de Boulogne-Billancourt*, N. Boulouis résume le choix offert au juge : soit la personne existe et dans ce cas elle peut avoir passé un contrat pour le compte de la personne publique ; soit la personne a un caractère fictif « et ce n'est pas *pour le compte* que le contrat est passé mais *par* la commune elle-même »¹⁴⁶. Les deux théories se différencient par leurs effets, plus radicaux dans le cas de la transparence¹⁴⁷, ce qui peut expliquer que son application soit plus parcimonieuse. Elles traduisent de deux façons distinctes un mouvement plus général de recherche de la personne publique **derrière certaines actions de personnes privées**. Le Conseil d'État n'a pas hésité à qualifier de transparente l'association créée par la Commune de Boulogne-Billancourt et sur laquelle elle exerce une domination institutionnelle¹⁴⁸. Pourtant N. Boulouis, en 2009, n'a pas repris cette grille d'analyse à propos d'une société d'économie mixte dont l'État est l'actionnaire majoritaire. Il n'a pas même évoqué l'hypothèse de la transparence, reprenant la distinction traditionnelle entre action pour le compte de l'État par la voie contractuelle ou pour son propre compte¹⁴⁹. La décision *Commune de Boulogne-Billancourt* a ouvert des perspectives quant à la reconnaissance de la domination institutionnelle des sociétés d'économie mixte locales. Les sociétés d'économie mixte locales sont par définition transparentes car elles sont « créées[] à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources », selon la formule employée à propos d'une association¹⁵⁰. Là encore, il semble que ce soit la mixité du capital qui, comme pour la théorie des prestations intégrées, retient le juge de qualifier la société d'organisme transparent. Pourtant, dans la décision *SAEMN Bibracte*, il ne laisse

146. BOULOUIS (N) - Conclusions sur CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, non publiées, p. 2 (les emphases sont du commissaire du gouvernement).

147. Lorsqu'il invoque la théorie de la transparence, le juge ne s'interroge pas sur la validité de l'institution, mais « va l'écarter, en quelque sorte passer à travers et relever la présence, derrière elle, d'une autre institution le conduisant à appliquer une autre règle que celle à laquelle il aurait fait appel au seul vu de l'institution transparente » (AUBY (J-M) - La théorie des institutions « transparentes » en droit administratif - Note sous CE, 11 mai 1987, *Divier c/ Association pour l'information municipale* - RDP, 1988, p. 265). Alors que la théorie du mandat est limitée à la requalification d'un contrat de droit privé en contrat administratif, l'application de la règle de la transparence est plus étendue. Peut, par exemple, être engagée la responsabilité de la commune à la place de l'organisme (cf. CE, 5 décembre 2005, *Département de la Dordogne*, Rec. 552, *AJDA*, 2006, p. 657 et s., note Brenet). De même, les actes unilatéraux d'une association transparente sont des actes administratifs (CE, 11 mai 1987, *Divier*).

148. BRENET (F) - La nullité d'un contrat conclu par une association transparente - Note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* - CP-ACCP, 2007, n° 68, p. 59.

149. BOULOUIS (N) - Conclusions sur CE, 17 juin 2009, *Société anonyme d'économie mixte nationale « Bibracte »*, non publiées, p. 2. Suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État a refusé la qualification de contrat administratif, considérant que « l'État n'a pas confié à la SAEM du Mont Bevray la réalisation, pour son compte, d'ouvrages qui devaient lui être remis dès l'achèvement des travaux » (CE, 17 juin 2009, *Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte*, op. cit.).

150. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* - op. cit.

transparaître aucun indice de ce que la société serait – ou ne serait pas – contrôlée par l'État. Évoquée à demi-mot par le commissaire du gouvernement Larsy, la prise en compte des liens de dépendance entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales demeure limitée, le juge s'accroche au masque de la société pour refuser de voir, derrière celui-ci, l'emprise des collectivités territoriales actionnaires. Nul doute que le juge franchirait le pas si la société était intégralement détenue par des collectivités territoriales car, alors, la similitude avec les associations para-administratives serait patente. La reconnaissance des sociétés publiques locales¹⁵¹ pourrait avoir des conséquences paradoxales pour les sociétés. Créées pour bénéficier de la théorie des prestations intégrées, leur utilisation pourrait, par-delà la simple reconnaissance du caractère administratif des contrats conclus avec des tiers, se révéler inutile, le juge ne s'arrêtant plus à leur apparence.

593. La personnalité morale de droit privé des sociétés d'économie mixte locales n'empêche pas de prendre en compte les relations qu'elles entretiennent avec les collectivités territoriales actionnaires. La présence publique se ressent principalement par la reconnaissance de la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice des sociétés d'économie mixte locales. Celles-ci sont alors tenues d'organiser une procédure de mise en concurrence dans leurs propres relations contractuelles, révélant indirectement la présence des collectivités territoriales. Cette présence peut, par ailleurs, conduire le juge administratif à examiner plus attentivement les contrats des sociétés. Lorsque les liens avec les collectivités territoriales sont avérés, le juge n'hésite pas à requalifier les contrats des sociétés d'économie mixte locales d'administratifs, par application de la théorie du mandat. Poursuivant sa logique jusqu'à son terme, le juge pourrait être tenté de prendre pleinement en considération les actionnaires publics en reconnaissant le caractère fictif, ou à tout le moins transparent, du recours à une société de droit privé pour exercer des activités publiques.

151. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL), *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès (*cf. supra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

CONCLUSION DU TITRE 2

594. Lorsqu'elles agissent en qualité de donneuses d'ordre et non plus de prestataires des collectivités territoriales, les sociétés d'économie mixte locales sont assimilées à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices au sens des directives. Elles sont alors tenues d'organiser une procédure de mise en concurrence de leurs relations contractuelles. Cette extension des obligations de transparence, en marge des relations contractuelles avec les collectivités territoriales, s'explique par les liens institutionnels que les sociétés entretiennent avec leurs actionnaires majoritaires. Dès lors que les collectivités en sont les actionnaires majoritaires et en dirigent effectivement l'activité, les sociétés relayent leur action économique. Il y a pourtant « une certaine contradiction »¹ dans le fait que le lien institutionnel ne soit pas pris en compte lorsque les sociétés d'économie mixte locales sont prestataires des collectivités territoriales alors que ce lien fonde l'extension des obligations de transparence dans leurs relations avec des tiers.

595. La multiplication des obligations de mise en concurrence souligne la nécessité de fonder une analyse relationnelle de l'économie mixte locale. Les sociétés sont créées pour réaliser certaines missions au profit de leurs actionnaires publics et ont l'obligation de se porter candidates à l'attribution des contrats portant sur leur objet social. La procédure de mise en concurrence est faussée *ab initio*, dès la constitution de la société. Le choix de la société n'est pas effectué au stade de l'attribution du contrat mais en amont par la décision de prendre des participations au capital. Cette conception de l'économie mixte locale est rétive à l'application du droit de la commande publique et en particulier des règles de mise en concurrence lors de la passation de contrats entre les sociétés et leurs actionnaires majoritaires. Le déséquilibre des relations contractuelles reflétant celui des relations institutionnelles, les sociétés sont assimilées à des « fondations publiques »². Elles sont parfois considérées comme « fictives »³, ramenées au statut « d'outil »⁴ des collectivités. *In fine*, le contrat révèle la société, qui ne peut

1. CAPITANT (D) - Les contrats des SEM et le principe de concurrence - *Regards croisés sur l'économie mixte. Approche pluridisciplinaire Droit public et Droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 372.

2. Cf. BOUDET (J-F) - Les limites à l'approche juridique dans la définition de la SEM - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 88.

3. Cf. DURAND (G) - Économie mixte locale, la nouvelle donne juridique - *JCP E*, 1993, CDE, n° 4, p. 17-18.

4. Cf. GARRIGOU-LAGRANGE (J-M) - Les sociétés d'économie mixte, instrument d'interventionnisme des collectivités locales - *L'interventionnisme économique et la puissance publique : études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Montpellier, CREAM, 1984, Tome 1, p. 309 et s. ; LECAT (G) - La société d'économie mixte, outil au service des collectivités locales - *Les collectivités*

exister sans lui. La collectivité est le véritable entrepreneur⁵, la société n'étant qu'une simple filiale chargée de mettre en œuvre une politique décidée par ses actionnaires majoritaires.

locales - Dix ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges, Aix en Provence, PUAM, 1994, p. 131 et s. ; PEYRICAL (J-M) - *Que reste-t-il du in house ? - RFDA*, 2005, p. 958.

5. Sur l'idée de collectivité territoriale entreprise, cf. DOAT (M) - *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français* - Paris, LGDJ, 2003, p. 231-261.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

596. Les relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales avec les collectivités territoriales font ressortir le paradoxe propre à l'économie mixte locale. Les sociétés gravitent autour des collectivités territoriales et en sont suffisamment proches pour servir de relais de l'action publique dans le secteur économique, mais en demeurent trop éloignées pour n'être que de simples démembrements de celles-ci. Cette situation périphérique pourrait être avantageuse pour les collectivités, leur permettant d'intervenir indirectement dans le domaine économique, *via* un satellite dont elles contrôlent l'activité et le fonctionnement. Mais, devant les risques qu'elles se détournent, par ce biais, de leurs obligations de transparence, le juge se défie de l'institution dans son ensemble. Trop éloignées des collectivités territoriales pour n'en être qu'un simple démembrement, elles ne peuvent entretenir de relations contractuelles qu'au terme d'une procédure de mise en concurrence. Elles demeurent cependant suffisamment proches de leurs actionnaires pour qu'elles soient obligées de relayer ces obligations dans leurs propres relations contractuelles.

597. Le paradoxe des sociétés d'économie mixte locales est que celles-ci, créées pour permettre une intervention souple dans le domaine économique, ne peuvent s'en prévaloir dans leurs relations contractuelles avec les collectivités territoriales. Pour tenter de pallier ces difficultés, le législateur renforce la domination des actionnaires publics, risquant de détruire l'équilibre déjà précaire de l'économie mixte locale. Le rapprochement entre les sociétés et les collectivités territoriales et la création de sociétés publiques locales sont une fuite en avant dans l'espoir de satisfaire les conditions de la théorie des relations *in house*. Il entraîne l'apparition de nouvelles contraintes de droit public, s'éloignant d'autant de la philosophie de l'économie mixte locale. Pourtant les relations institutionnelles et contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont intrinsèquement complémentaires : l'actionnariat public majoritaire n'a de sens et ne peut se réaliser que dans la mesure où les sociétés exercent les activités relevant de leur objet social pour le compte de leurs actionnaires majoritaires. Il est impossible d'envisager les relations contractuelles sans leur corollaire, les relations institutionnelles. Les parades envisagées pour redynamiser la formule de l'économie mixte locale sont disproportionnées et ne tiennent pas compte du véritable enjeu de l'économie mixte locale qui réside dans l'acceptation de la complémentarité des relations, que seule une approche fonctionnelle de l'économie mixte locale peut révéler.

CONCLUSION

598. Par leur définition, les sociétés d'économie mixte locales pourraient faire figure de forme parfaite d'un partenariat institutionnalisé entre les collectivités territoriales et des tiers privés. Cependant la réalité de l'économie mixte locale ne coïncide pas systématiquement avec cette approche théorique. L'attractivité de la formule réside dans le fait que si la société d'économie mixte locale est une structure indubitablement partenariale, elle favorise l'émergence d'un partenariat intrinsèquement déséquilibré au profit des collectivités territoriales. Cette ambivalence fonde les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Sous couvert d'une indépendance structurelle, les sociétés sont une technique d'externalisation d'une activité économique présentant un fort degré d'intérêt général.

599. À bien des égards cependant, l'ambivalence des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales confine à l'incohérence. Celle-ci résulte de la contradiction entre la souplesse du modèle et la rigidité de son utilisation. Les sociétés d'économie mixte locales sont conçues comme un palliatif aux contraintes d'une intervention directe des personnes publiques. Pourtant, elles se voient soumises à des sujétions particulières, mises en concurrence par les collectivités territoriales actionnaires. Elles ne peuvent réaliser leur objet social qu'à la condition de nouer des relations contractuelles avec leurs actionnaires majoritaires. Il existe une distorsion entre la finalité du recours aux sociétés d'économie mixte locales et les moyens de celui-ci. Si la finalité de l'économie mixte locale reste la possibilité d'une action publique souple dans le secteur économique local, le régime juridique de leurs relations est un frein à leur utilisation. Les relations institutionnelles sont un facteur d'attractivité de l'économie mixte locale, les collectivités ayant une large maîtrise de la société, alors que leurs relations contractuelles sont la source de leur désintérêt.

600. Les apories d'une analyse purement institutionnelle de l'économie mixte locale pourraient être contournées par la création de nouveaux instruments au profit desquels l'obligation de mise en concurrence serait supprimée (la société publique locale), ou à tout le moins adoucie (le partenariat public-privé institutionnalisé). Pourtant, la conviction qui anime cette thèse est que les sociétés d'économie mixte locales ne sont pas vouées à disparaître. Au contraire, en valorisant une analyse fonctionnelle, celles-ci peuvent retrouver une nouvelle vitalité. Ces sociétés sont créées par les collectivités territoriales, dans l'optique principale de satisfaire leurs besoins d'intérêt général. L'étude montre que les collectivités ne sont pas de simples actionnaires mais qu'elles dominent ces sociétés. Considérer les sociétés d'économie mixte locales comme une structure de partenariat entre le secteur public et le secteur privé confine souvent à la gageure. Les concepts d'économie mixte locale et de partenariat public-privé, pour proches qu'ils soient,

ne renvoient pas à la même idée. L'économie mixte locale, au sens strict, fait référence à la participation de personnes publiques à une société commerciale en vue de la satisfaction de l'intérêt général. Elle manifeste l'idée d'un dirigisme en fournissant à l'administration locale un instrument d'action souple dans le domaine économique. L'actionnariat minoritaire n'est qu'un complément, souvent réduit à sa plus simple expression, permettant de justifier l'intervention des collectivités dans le secteur économique. Il n'a généralement pas les caractéristiques d'un actionnariat privé et est constitué autour d'actionnaires publics ou parapublics. À l'inverse, le partenariat public-privé est fondé sur l'idée d'une collaboration technique à la réalisation d'une activité. En conséquence, la structure créée doit tendre à la satisfaction des intérêts communs des deux types d'actionnaires, publics et privés. Le partenariat public-privé institutionnalisé est souvent présenté comme un palliatif à la difficulté pour les collectivités de trouver des actionnaires privés lors de la création de sociétés d'économie mixte locales. Il n'est pas évident que le remède soit efficace, tant les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales sont orientées vers la satisfaction principale des actionnaires majoritaires.

601. La logique organique postule une déconnexion des relations institutionnelles et contractuelles. Elle doit être abandonnée au profit d'une analyse fonctionnelle de l'économie mixte locale permettant de tirer le meilleur parti de l'ambivalence des relations des collectivités avec les sociétés. Les relations institutionnelles et contractuelles ne peuvent être appréhendées séparément. Au contraire, la vision intrinsèquement utilitariste de l'économie mixte locale implique qu'une société créée et dominée par des collectivités obtienne le contrat correspondant à la mise en œuvre de son objet social. Il apparaîtrait pour le moins aberrant qu'une collectivité crée une société pour ne pas en faire, par la suite, son cocontractant, dès lors que l'objet du contrat figure dans son objet social. Ces relations sont donc complémentaires. En ne prenant pas en compte la domination exercée par les actionnaires majoritaires, le juge ne peut appliquer les théories des prestations intégrées. Il y a là une incohérence puisque le contrat est le prolongement du lien institutionnel. Sans contrat, la société perdure certes, mais est dépourvue de raison d'être. Abordée sous cet angle relationnel, la mise en concurrence s'avère inutile, car le choix de la formule de l'économie mixte locale présume le choix du cocontractant. Faut-il alors déplacer l'obligation de mise en concurrence du stade contractuel au stade institutionnel ou la supprimer par l'éviction de l'actionnariat minoritaire ? La démonstration conduit à répondre par la négative : la société d'économie mixte locale porte en elle la domination institutionnelle, rendant inutile une mise en concurrence. La pérennité et la pleine efficacité de cet outil ne peuvent être assurées qu'en optant pour une analyse fonctionnelle faisant la part belle aux relations tissées entre l'actionnaire majoritaire et sa société.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

- AUBY (J-B) (dir.) - *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public* - Paris, Dalloz, 2010, 990 p.
- AUBY (J-B), AUBY (J-F), NOGUELLOU (R) - *Droit des collectivités locales* - Paris, PUF, 5^e éd., 2000, 395 p.
- AUBY (J-B), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J) (dir.) - *Droit administratif européen* - Bruxelles, Bruylant, 2007, 1122 p.
- AUBY (J-B), PÉRINET-MARQUET (H) - *Droit de l'urbanisme et de la construction* - Paris, Montchrestien, 6^e éd., 2001, 1075 p.
- AUTIN (J-L), RIBOT (C) - *Droit administratif général* - Paris, Litec, 4^e éd., 2005, 385 p.
- BIGOT (G) - *Introduction historique au droit administratif depuis 1789* - Paris, PUF, 2002, 390 p.
- BONNARD (R) - *Précis de droit administratif* - Paris, LGDJ, 4^e éd., 1943, 786 p.
- BOURDON (J), PONTIER (J-M), RICCI (J-C) - *Droit des collectivités territoriales* - Paris, PUF, 2^e éd., 1998, 707 p.
- BOUVIER (M) - *Finances locales* - Paris, LGDJ, 13^e éd., 2010, 263 p.
- BOUVIER (M), ESCLASSAN (M-C), LASSALE (J-P) - *Finances publiques* - Paris, LGDJ, 9^e éd., 2008, 949 p.
- BRACONNIER (S) - *Droit des services publics* - Paris, PUF, 2^e éd., 2007, 621 p.
- CAILLOSSE (J) - *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif* - Paris, PUF, 2008, 421 p.
- CHAPUS (R) - *Droit administratif général* - Paris, Montchrestien, Tome 1, 15^e éd., 2001, 1427 p., Tome 2, 15^e éd., 2001, 797 p.
- CHÉROT (J-Y) - *Droit public économique* - Paris, Economica, 2^e éd., 2007, 1032 p.
- COLSON (J-P), IDOUX (P) - *Droit public économique* - Paris, LGDJ, 5^e éd., 2010, 980 p.
- CORNU (G) (dir.) - *Vocabulaire juridique* - Paris, PUF, 8^e éd., 2007, 986 p.
- COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F) - *Droit des sociétés* - Paris, Litec, 21^e éd., 2008, 716 p.
- DECOCQ (A), DECOCQ (G) - *Droit de la concurrence interne et communautaire* - Paris, LGDJ, 4^e éd., 2010, 637 p.
- DELVOLVÉ (P) - *Droit public de l'économie* - Paris, Dalloz, 1998, 799 p.
- ECKERT (G), GAUTIER (Y), KOVAR (R) et RITLENG (D) (dir.) - *Incidences du droit communautaire sur le droit public français* - Strasbourg, PUS, 2007, 460 p.
- FABRE (F-J) et al. - *Les grands arrêts de la jurisprudence financière* - Paris, Dalloz, 5^e éd., 2007, 590 p.
- FAVOEUR (L), PHILIP (L) - *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* - Paris, Dalloz, 15^e d., 2009, 863 p.

- GAUDEMET (Y) - *Traité de droit administratif. Tome 2 : Droit administratif des biens* - Paris, LGDJ, 13^e éd., 2008, 618 p.
- GAUDEMET (Y), LAUBADÈRE (A) de - *Traité de droit administratif* - Paris, LGDJ, Tome 1, 16^e éd., 2001, 918 p.
- GHESTIN (J) - *Traité de droit civil. La formation du contrat* - Paris, LGDJ, 3^e éd., 1993, 250 p.
- GRYNFOGEL (C) - *Droit communautaire de la concurrence* - Paris, LGDJ, 3^e éd., 2008, 175 p.
- GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G) (Colab.) - *Droit du service public* - Paris, Montchrestien, 2007, 2^e éd., 755 p.
- GUILLIEN (R), VINCENT (J) - *Lexique des termes juridiques* - Paris, Dalloz, 17^e éd., 2009, 769 p.
- GUYON (Y), GHESTIN (J) (dir.) - *Traité des contrats. Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés* - Paris, LGDJ, 5^e éd., 2002, 462 p.
- HAURIOU (M) - *Précis de droit administratif et de droit public* - Paris, Sirey, 1933, 12^e éd., 1150 p.
- JEANTIN (M), LE CANNU (P) - *Droit commercial. Entreprises en difficulté* - Paris, Dalloz, 7^e éd., 2007, 784 p.
- KOUÉVI (A-G) - *Le droit des interventions économiques des collectivités locales* - Paris, LGDJ, 2003, 334 p.
- LACHAUME (J-F), BOITEAU (C), PAULIAT (H) - *Droit des services publics* - Paris, A. Colin, 3^e éd., 2004, 533 p.
- LARGUIER (J), CONTE (P) - *Droit pénal des affaires* - Paris, A. Colin, 11^e éd., 2004, 516 p.
- LAUBADÈRE (A) de, MODERNE (F), DELVOLVÉ (P) - *Traité des contrats administratifs* - Paris, LGDJ, Tome 1, 2^e éd., 1983, 808 p.
- LEGEAIS (D) - *Droit commercial et des affaires* - Paris, A. Colin, 16^e éd., 2005, 572 p.
- LINOTTE (D), ROMI (R)
 – *Services publics et droit public économique* - Paris, Litec, 5^e éd., 2003, 535 p.
 – *Droit public économique* - Paris, Litec, 6^e éd., 2006, 456 p.
 – *Droit du service public* - Paris, Litec, 2007, 205 p.
- LONG (M) et al. - *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* - Paris, Dalloz, 17^e éd., 2009, 980 p.
- MARAIS (B) du - *Droit public de la régulation économique* - Paris, Dalloz, 2004, 602 p.
- MERLE (P) - *Droit commercial : sociétés commerciales* - Paris, Dalloz, 14^e éd., 2010, 955 p.
- MESCHERIAKOFF (A-S) - *Droit des services publics* - Paris, PUF, 2^e éd., 1997, 413 p.
- MONJAL (P-Y) - *Droit européen des collectivités locales* - Paris, LGDJ, 2010, 202 p.
- NICINSKI (S) - *Droit public des affaires* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010, 720 p.
- PÉROCHON (F), BONHOMME (R) - *Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement* - Paris, LGDJ, 9^e éd., 2009, 1161 p.
- RAPP (L), SYMCHOWICZ (N), TERNEYRE (P) - *Lamy droit public des affaires* - Paris, Lamy, éd. 2010, 2181 p.
- RICHER (L) - *Droit des contrats administratifs* - Paris, LGDJ, 7^e éd., 2010, 713 p.
- ROBERT (J-H), MATSOPOULOU (H) - *Traité de droit pénal des affaires* - Paris, PUF, 2004, 620 p.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C) - *Droit des entreprises en difficultés* - Paris, Montchrestien, 6^e éd., 2009, 896 p.
- SCHWÄRZE (J) - *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen* - Bruylant, 2010, 366 p.

VERGÈS (J) (éd.) - *L'union européenne et les collectivités territoriales* - Paris, Economica, 1997, 220 p.

VIDAL (D) - *Droit des sociétés* - Paris, LGDJ, 7^e éd., 2010, 794 p.

II. Ouvrages spécialisés

ALBERT (N) (dir.) - *Performance et droit administratif* - Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université de Tours les 29 et 30 janvier 2009, Paris, Litec, 2010, 306 p.

AUBY (J-F)

– *Les services publics locaux* - Paris, Berger-Levrault, 1997, 359 p.

– *La gestion des satellites locaux : régies, SEM, associations, délégataires de service public* - Paris, Berger-Levrault, 2000, 305 p.

AUBY (J-B), BRACONNIER (S) - *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles* - Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université de Poitiers et l'Association française de droit des collectivités locales les 28 et 29 juin 2001, Paris, LGDJ, 2003, 255 p.

BASDEVANT-GAUDEMET (B) (dir.) - *Contrat ou institution : un enjeu de société* - Paris, LGDJ, 2004, 190 p.

BENJAMIN (M-Y) - *SEML : guide juridique et pratique : 388 questions pratiques, toute la jurisprudence indexée et commentée, répertoire exhaustif des textes* - Paris, EFE, 2002, 520 p.

BEZANÇON (X)

– *Les services publics en France. Tome I : Du Moyen âge à la Révolution* - Paris, Presses de l'École nationale des Ponts et chaussées, 1995, 439 p.

– *Les services publics en France. Tome II : De la Révolution à la Première guerre mondiale* - Paris, Presses de l'École nationale des Ponts et chaussées, 1998, 368 p.

– *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements collectifs* - Paris, Presse de l'école nationale des ponts et chaussées, 2004, 284 p.

BIZET (J-F), DEVÈS (C) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Economica, 1991, 299 p.

BOISSONNADE (P)

– *Le Socialisme d'État. L'Industrie et les classes industrielles en France pendant les deux premiers siècles de l'ère moderne (1453-1661)* - Paris, Champion, 1927, 380 p.

– *Colbert, le triomphe de l'étatisme, fondation de la suprématie industrielle de la France, dictature du travail (1661-1683)* - Paris, Rivière, 1932, 392 p.

BOITEAU (C) - *Les conventions de délégation de service public : transparence et service public local* - Paris, Groupe Moniteur, 2^e éd., 2007, 264 p.

BOYER (B), CASTELANU (R) de - *Portrait des chambres régionales des comptes* - Paris, LGDJ, 1997, 219 p.

BRAULT (D) - *Politique et pratique du droit de la concurrence en France* - Paris, LGDJ, 2004, 775 p.

CABANES (C), NEVEU (B) - *Droit de la concurrence dans les contrats publics : pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions* - Paris, Éd. le Moniteur, 2008, 356 p.

CADIEU (P) - *Les lettres d'observations des CRC : procédure, stratégie et communication* - Voiron, Éd. Territorial, 1999, 119 p.

CARLIER (B) - *Maîtriser les enjeux et les risques des SEM locales* - Voiron, La Lettre du cadre territorial, 2005, 232 p.

CHAZEL (A), POYET (H) - *L'économie mixte* - Paris, PUF, 2^e éd., 1965, 128 p.

CHÉRON (A) - *De l'actionnariat des collectivités publiques* - Paris, Sirey, 1928, 440 p.

- CHÉROT (J-Y) - *Les aides d'État dans les Communautés européennes* - Paris, Economica, 1998, 379 p.
- Conseil d'État
- *L'intérêt général* - Paris, EDCE, n° 50, La Documentation française, 1999, 449 p.
 - *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* - Paris, EDCE, n° 51, La Documentation française, 2002, 430 p.
 - *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence* - Paris, EDCE, n° 53, La Documentation française, 2002, 464 p.
 - *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* - Paris, EDCE, n° 59, La Documentation française, 2008, 398 p.
 - *Rapport d'étude sur les établissements publics* - Paris, La Documentation française, 2010, 136 p.
- DELAIRE (Y) - *La délégation des services publics locaux* - Paris, Berger-Levrault, 2002, 277 p.
- DELION (A) - *Le droit des entreprises et participations publiques* - Paris, LGDJ, 2003, 253 p.
- DEMEESTÈRE (R) - *Le contrôle de gestion dans le secteur public* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 2005, 224 p.
- DEPORCQ (D), GÉRAUD (P), PAISLEY (J) - *Code pratique des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Berger-Levrault, 2003, 335 p.
- DESCHEEMAER (C), DOYELLE (A), PIREYRE (B-A), RAYNAUD (J) - *Les risques de la gestion financière des collectivités locales : droit et finances publiques* - Paris, Imprimerie nationale, Dexia, 2001, 809 p.
- DOUENCE (J-C) - *L'action économique locale : décentralisation ou recentralisation ?* - Paris, Economica, 1988, 430 p.
- DREYFUS (J-D), GROUD (S), PUGEAULT (S) (dir.) - *Associations et collectivités territoriales : les liaisons dangereuses : réflexions dans le prolongement de la journée d'étude du 4 avril 2007* - Paris, L'Harmattan, 2009, 180 p.
- DURAND (G) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 2002, 359 p.
- DURVIAUX (A-L), GABRIEL (I) - *Droit administratif. Tome 2 : les entreprises publiques locales en Région wallonne* - Bruxelles, Larcier, 2010, 206 p.
- FABRE (F), MORIN (R), SERIEYX (A) - *Les sociétés locales d'économie mixte et leur contrôle* - Paris, Berger-Levrault, 1964, 182 p.
- Fédération des entreprises publiques locales - *SEM, mode d'emploi* - Paris, Fédération des EPL, édition 2009/2010, 188 p.
- Fédération des sociétés d'économie mixte locales - *Le guide des marchés des SEM* - Paris, FNSEM, 2007, 88 p.
- GERSPACH (É) - *La Manufacture nationale des Gobelins* - Paris, Delagrave, 1892, 271 p.
- GUÉRARD (S) (dir.) - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé* - Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université de Lille les 16 et 17 septembre 2004, Paris, L'Harmattan, 2006, 423 p.
- HURON (D), SPINDLER (J) - *Le management public local* - Paris, LGDJ, 1998, 117 p.
- KADA (N) (dir.) - *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine* - Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université de Grenoble les 9 et 10 juin 2008, Grenoble, PUG, 2009, 224 p.
- KLOPFER (M) - *Gestion financière des collectivités locales : analyse financière et fiscale, intercommunalité, gestions externes (SEM, associations, OPHLM...), dette et trésorerie, organisation budgétaire* - Paris, Éd. le Moniteur, 4^e éd., 2005, 824 p.
- LAFAY (J-D), LECAILLON (J) - *L'économie mixte* - Paris, PUF, 1992, 127 p.
- LAMARQUE (D) - *L'évaluation des politiques publiques locales* - Paris, LGDJ, 2004, 215 p.

- LAVAL (N) - *Le juge pénal et l'élu local* - Paris, LGDJ, 2002, 177 p.
- LEGENDRE (P) - *Trésor historique de l'État en France : l'Administration classique* - Paris, Fayard, 1992, 638 p.
- LIGNIÈRES (P) - *Partenariats publics privés* - Paris, Litec, 2^e éd., 2005, 440 p.
- LONG (M) - *La tarification des services publics locaux* - Paris, LGDJ, 2001, 180 p.
- LUCHAIRE (Y) (dir.) - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle* - Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université d'Aix-en-Provence les 5 et 6 novembre 2004, Paris, L'Harmattan, 2006, 214 p.
- MAGNET (J) - *La Cour des comptes, les institutions associées et les chambres régionales des comptes* - Paris, Berger-Levrault, 6^e éd., 2007, 616 p.
- MARCHAT (P) - *L'économie mixte* - Paris, Puf, 2^e éd., 1980, 128 p.
- MAYMAT (J-C) - *L'élu et le risque pénal* - Paris, Berger-Levrault, 1998, 273 p.
- MELLERAY (F) (dir.) - *L'exorbitance du droit administratif en question(s)* - Actes du colloque des 11 et 12 décembre 2003 à Poitiers, Paris, LGDJ, 2004, 312 p.
- MESTRE (J-L) - *Introduction historique au droit administratif français* - Paris, PUF, 1985, 294 p.
- MICHEL (J-C) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, LGDJ, 1990, 218 p.
- MICHOUD (L), TROTABAS (L) - *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* - Paris, LGDJ, 2^e éd., 1924, T1, 513 p., T2, 495 p.
- MINARD (P) - *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières* - Paris, Fayard, 1998, 505 p.
- MOREAU (Y) (Coord.) - *Europe, concurrence et services publics* - Paris, A. Colin, 1995, 196 p.
- MOURAREAU (F) - *Le guide des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, la Documentation française, 2007, 130 p.
- MUZELLEC (R), NGUYEN QUOC (V) - *Les groupements d'intérêt public* - Paris, Economica, 1993, 284 p.
- ORSONI (G), PICHON (A) (dir.) - *Les chambres régionales et territoriales des comptes. XX^e anniversaire* - Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université de Marseille les 4 et 5 avril 2003, Paris, LGDJ, 2004, 215 p.
- OUALI (R) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Direction générale des collectivités locales, la Documentation française, 1993, 194 p.
- PASQUIER (R), SIMOULIN (V), WEISBEIN (J) (dir.) - *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories* - Paris, LGDJ, Droit et société, Vol. 44, 2007, 235 p.
- PERRIN (B) - *La coopération intercommunale* - Paris, Berger-Levrault, 4^e éd., 2001, 466 p.
- PHILIP (L) (dir.) - *Chambres régionales des comptes. VI^e rencontres Cour des comptes - Université* - Actes des journées d'Aix-en-Provence des 8 et 9 novembre 1985, Paris, Economica, 1985, 302 p.
- RAYNAUD (J) - *Les contrôles des chambres régionales et territoriales des comptes* - Paris, Éditions Sorman, 10^e éd., 2005, 249 p.
- RIGOU (M) - *Les chambres régionales des comptes. Examen de la gestion dans le secteur public local* - Paris, Litec, 2002, 185 p.
- RIGOU (M), SITBON (P), THEVENON (É) - *Bilan des observations et contrôles des CRC* - Voiron, La lettre du cadre territorial, édition 2002, 240 p.
- SEDJARI (A) (dir.) - *Partenariat public-privé et gouvernance future* - Paris, L'Harmattan, 2005, 525 p.

- SINGER (J) - *L'intervention des collectivités locales en matière économique* - Paris, Éditions Aframpe, 1956, 191 p.
- SUR (M-T), GRANGE (C), RENAUX (M-A) - *Les sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Éditions du Moniteur, 1990, 278 p.
- VERDIER (A), MARTINEZ (S) - *Les entreprises publiques locales dans les 25 pays de l'Union européenne* - Paris, Dexia, 2004, 173 p.
- VIGUIER (J) - *Les régions des collectivités locales* - Paris, Economica, 1992, 278 p.
- WORONOFF (D) - *Histoire de l'industrie en France du XVI^e siècle à nos jours* - Paris, Éditions du Seuil, 1998, 674 p.

III. Thèses et mémoires

- ANTOINE (A) - *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence* - Paris, LGDJ, 2009, 560 p.
- ARCELIN (L) - *L'entreprise en droit de la concurrence française et communautaire* - Paris, Litec, 2003, 554 p.
- AUBERT (J-B) - *Un nouveau mode d'intervention des collectivités : l'État actionnaire. Les sociétés d'économie mixte* - Paris, Librairie technique et économique, 1937, 271 p.
- AUBY (J-B) - *La notion de personne publique en droit administratif* - Thèse, Université de Bordeaux I, 1979, 428 p.
- BARUCHEL (N) - *La personnalité morale en droit privé* - Paris, LGDJ, 2004, 429 p.
- BERNARD (S) - *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif* - Paris, LGDJ, 2001, 378 p.
- BEZANÇON (X) - *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique* - Paris, LGDJ, 1999, 639 p.
- BOUDET (J-F) - *La Caisse des dépôts et consignations : histoire, statut, fonction : contribution à l'étude de ses fondements juridiques* - Paris, L'Harmattan, 2006, 647 p.
- BRAUD-JAMIN (V) - *Les élus locaux et fonctionnaires territoriaux devant la justice pénale* - Grenoble, PUG, 2001, 422 p.
- BREDIN (J-D) - *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé* - Paris, LGDJ, 1957, 304 p.
- BRET (A) - *La société d'économie mixte* - Thèse, Université de Lyon, 1925, 218 p.
- BURCKEL (J-C) - *La participation des collectivités publiques locales aux sociétés d'économie mixte. Aspects généraux et particularismes du droit applicable dans les départements du Rhin et de la Moselle* - Thèse Strasbourg, 1963, 185 p.
- CANEDO (M) - *Le mandat administratif* - Paris, LGDJ, 2001, 876 p.
- CARTIER-BRESSON (A) - *L'État actionnaire* - Paris, LGDJ, 2010, 508 p.
- CHAMARD (C) - *La distinction des biens publics et des biens privés : contribution à la définition de la notion de biens publics* - Paris, Dalloz, 2004, 764 p.
- CHARBIT (N) - *Le droit de la concurrence et le secteur public* - Paris, L'Harmattan, 2002, 530 p.
- CLAMOUR (G) - *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* - Paris, Dalloz, 2006, 1044 p.
- CONNOIS (R) - *La notion d'établissement public en droit administratif français* - Paris, LGDJ, 1959, 244 p.
- COSSALTER (P) - *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne* - Paris, LGDJ, 2007, 878 p.
- COSTA (D) - *Les fictions en droit administratif* - Paris, LGDJ, 2000, 614 p.
- CUTAJAR-RIVIERE (C) - *La société écran : essai sur sa notion et son régime* - Paris, LGDJ, 1998, 505 p.

- DELFONT (J) - *Responsabilité pénale et fonction politique* - Paris, LGDJ, 2006, 309 p.
- DEMICHÉL (A) - *Le contrôle de l'État sur les organismes privés* - Paris, LGDJ, 1960, 740 p.
- DESTOUR (S) - *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence* - Paris, Litec, 2000, 299 p.
- DEVAUX (R) - *La chambre régionale des comptes dans ses relations avec les juges judiciaire et administratif* - Bordeaux, École nationale de la magistrature, 1999, 49 p.
- DOAT (M) - *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français* - Paris, LGDJ, 2003, 318 p.
- DRAGO (R) - *Les crises de la notion d'établissement public* - Paris, LGDJ, 1950, 286 p.
- DREYFUS (F) - *La liberté du commerce et de l'industrie* - Paris, Berger-Levrault, 1973, 275 p.
- DUBOIS (J-P) - *Le contrôle administratif sur les établissements publics* - Paris, LGDJ, 1982, 528 p.
- ECKERT (G) - *Droit administratif et commercialité* - Thèse, Université R. Schuman de Strasbourg, 1994, 844 p.
- GEY (F) - *Les contrôles des sociétés d'économie mixtes locales : organisation et efficacité* - Thèse, Université de Rennes I, 2000, 745 p.
- GARRIGOU-LAGRANGE (J-M) - *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics* - Paris, LGDJ, 1970, 378 p.
- HUBRECHT (H-G) - *Les contrats de service public* - Thèse, Bordeaux, 1980, 611 p.
- JÉGOUZO-VIÉNOT (L) - *Établissement public et logement social* - Paris, LGDJ, 2002, 410 p.
- JOLLY (P) - *Des conditions dans lesquelles l'État, les départements, les communes et les établissements publics peuvent jouer le rôle d'actionnaires, de fondateurs, d'administrateurs dans les sociétés anonymes* - Paris, Sirey, 1928, 160 p.
- JOUBE (D) - *Le juge français et le droit communautaire des aides* - Mémoire de Master 2, Université Grenoble II, 2006, 156 p.
- JOYE (J-F) - *L'action économique territoriale : outils juridiques et logiques d'acteurs* - Paris, L'Harmattan, 2002, 496 p.
- KARPENSCHIF (M) - *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales* - Thèse, Université de Lyon III, 1999, 774 p.
- LAPIE (P-O) - *Les entreprises d'économie mixte* - Thèse, Université de Paris, 1925, 172 p.
- LICHÈRE (F) - *Les contrats administratifs entre personnes privées : représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif* - Thèse, Université de Montpellier I, 1998, 512 p.
- LINDITCH (F) - *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif* - Paris, LGDJ, 1997, 334 p.
- LION (B) - *Le renouveau des relations entre les sociétés d'économie mixte locales et les collectivités territoriales* - Mémoire de DEA, Université de Paris II, 2002, 112 p.
- MAHOUACHI (M) - *La liberté contractuelle des collectivités territoriales* - Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 609 p.
- MATHEY (N) - *Recherche sur la personnalité morale* - Thèse, Université Paris II, 2001, 649 p.
- MONSALLIER (M-C) - *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme* - Paris, LGDJ, 1998, 623 p.
- MONSÉGUR (M) - *Aux confins du service public et de l'entreprise privée : les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte* - Toulouse, Imprimerie du sud, 1942, 595 p.
- MULLER (É) - *Les instruments juridiques des partenariats public-privé* - Thèse, Université de Strasbourg, 2009, 679 p.

- NEGRIN (J-P) - *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative* - Paris, LGDJ, 1971, 363 p.
- NEGULESCO (D) - *Le problème juridique de la personnalité morale et son application aux sociétés civiles et commerciales* - Paris, LGDJ, 1900, 221 p.
- NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 1998, 498 p.
- NGUYEN QUOC (V) - *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales* - Paris, LGDJ, 1979, 320 p.
- PAILLUSSEAU (J) - *La société anonyme. Techniques d'organisation de l'entreprise* - Paris, Sirey, 1967, 294 p.
- PELTIER (M) - *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés* - Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 427 p.
- PÉQUIGNOT (G) - *Contribution à la théorie générale du contrat administratif* - Perpignan, Imprimerie du Midi, 1945, 625 p.
- PLESSIX (B) - *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif* - Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, 878 p.
- PREBISSY-SCHNALL (C) - *La pénalisation du droit des marchés publics* - Paris, LGDJ, 2002, 617 p.
- PRIETO (C) - *La société contractante* - Aix-en-Provence, PUAM, 1994, 594 p.
- PRIEUR (M) - *Les entreprises publiques locales* - Paris, Berger-Levrault, 1969, 327 p.
- QUIEVY (J-F) - *Anthropologie juridique de la personne morale* - Paris, LGDJ, 2009, 432 p.
- RAPP (L) - *Les filiales des entreprises publiques* - Paris, LGDJ, 1983, 576 p.
- RIBOT (C) - *La dynamique institutionnelle de l'intercommunalité* - Thèse, Université Montpellier I, 1993, 596 p.
- ROLD (J) da - *Les sociétés d'économie mixte locales : acteurs et témoins de politiques urbaines et territoriales. « quelle légitimité entre partenariat public privé et entreprise publique locale ? »* - Thèse, Université de Bordeaux III, 2008, 506 p.
- ROLIN (F) - *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques* - Thèse, Université Paris II, 1997, 611 p.
- SAGNE (N) - *Le contrat in house* - Mémoire de Master 2 Recherche, Université Paris 1, 2007, 103 p.
- SIRINELLI (J) - *Les transformations du droit administratif par le droit communautaire : une contribution à l'étude du droit administratif européen* - thèse, Université Paris II, 2009, 722 p.
- SOUTY (F) - *Les collectivités locales et le droit de la concurrence : efficacité économique, réglementation et services publics locaux* - Paris, Imprimerie nationale, 2003, 504 p.
- SYLVESTRE-TOUVIN (S) - *Le coup d'accordéon ou Les vicissitudes du capital* - Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 599 p.
- TAGAND (R) - *Le régime juridique de la société d'économie mixte* - Paris, LGDJ, 1969, 249 p.
- TRÉTREAU (J) - *Les entreprises économiques des communes* - Paris, 1935, 360 p.
- TRUCHET (D) - *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État* - Paris, LGDI, 1977, 394 p.
- THERON (J-P) - *Recherche sur la notion d'établissement public* - Paris, LGDJ, 1976, 329 p.
- TUSSEAU (G) - *Les normes d'habilitation* - Paris, LGDJ, 2006, 813 p.
- VANNEAUX (M-A) - *Recherche sur un droit des relations financières État-entreprises publiques* - Thèse, Université de Lille II, 2005, 743 p.
- VIANDIER (A) - *La notion d'associé* - Paris, LGDJ, 1978, 314 p.

IV. Répertoires et Juris-Classeurs

- CHRESTIA (P) - Société d'économie mixte locale - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 694.
- CLAMOUR (G), DESTOURS (S)
 – Droit de la concurrence. Droit de la concurrence publique - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 724-10.
 – Droit de la concurrence. Droit public de la concurrence - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 724-20.
- DOUENCE (J-C) - Les services publics locaux - *Rép. Dalloz*, Collectivités locales, Tome VI, 6130.
- DREYFUS (J-D)
 – Société d'économie mixte - *Rép. Dalloz*, Société, Tome V.
 – Société d'économie mixte locale - *Rép. Dalloz*, Société, Tome V.
- DUFAU (J) - Services publics à caractère industriel et commercial - *J. Cl. Adm.*, fasc. 150.
- DUMONT (G) - Application du droit de la concurrence aux activités publiques - *J. Cl. Adm.*, fasc. 292.
- DURAND (G) - Sociétés d'économie mixte locales - *Rép. Dalloz*, Collectivités locales, Tome VI, 6230.
- FILIAIRE (J) - Associations et services publics locaux - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 767.
- GINTRAND (É) - Services publics locaux - *J. Cl. Adm.*, fasc. 126.
- GROS (M), KELFLECHE (G) - Délégation de service public - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 761.
- GUILLET (E)
 – Sociétés d'économie mixte locales - *J. Cl. Construction - Urbanisme*, fasc. 580.
 – Sociétés d'économie mixte de construction, de rénovation urbaine et de restauration immobilière. Aide au logement : conventions avec l'État - *J. Cl. Construction - Urbanisme*, fasc. 583.
- GUYON (Y) - "Affectio societatis" - *J. Cl. Sociétés. Traité*, fasc. 20-10.
- IMBERT (L), JANICOT (L)
 – Coopération intercommunale. Règles communes - *J. Cl. Adm.*, fasc. 129-20.
 – Coopération intercommunale. Structures de coopération - *J. Cl. Adm.*, fasc. 129-25.
- LACHAUME (J-F), TIFINE (P)
 – Régie - *J. Cl. Adm.*, fasc. 126-10.
 – Service public local. Définition - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 730.
 – Service public local. Domaine - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 732.
 – Service public local. Régime juridique - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 734.
 – Régie - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 740.
 – Régie personnalisée - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 742.
- LEGROS (J-P) - Redressement et liquidation judiciaires. Personnes morales de droit privé - *J. Cl. Procédures collectives*, fasc. 2170.
- MAJEROWICZ (S) - Responsabilité pénale des élus - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 947.
- MARCHAND (F) - Passation et choix du délégataire - *J. Cl. Contrats et marchés publics*, fasc. 420.
- MARTIN (P), CAILLE (P-O) - Responsabilité pénale des personnes morales de droit public - *J. Cl. Adm.*, fasc. 803.
- NGUYEN QUOC (V)
 – Institutions d'économie mixte - *J. Cl. Adm.*, fasc. 160.

- Institutions locales d'économie mixte - *J. Cl. Adm.*, fasc. 161.
- NGUYEN QUOC (V), MUEZLLEC (R), JANICOT (L) - Groupements d'intérêt public - *J. Cl. Adm.*, fasc. 148-10.
- PLESSIX (B)
 - Établissements publics. Notion. Création. Contrôle - *J. Cl. Adm.*, fasc. 135.
 - Établissements publics. Statut. Structures. - *J. Cl. Adm.*, fasc. 136.
- RENARD-PAYEN (O) - Principe de la liberté du commerce et de l'industrie - *J. Cl. Adm.*, fasc. 255., *J. Cl. Commercial*, fasc. 127.
- ROBBE (F) - Inéligibilités et incompatibilités - *J. Cl. Fonctions publiques*, fasc. 120.
- ROUAULT (M-C) - Compétences des collectivités territoriales et intérêt public local - *J. Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 652.
- THERON (J-P) - Établissements publics - *J. Cl. Adm.*, fasc. 135.
- WOEHLING (J-M) - Alsace-Moselle. Droit communal local. Biens communaux et services publics communaux - *J. Cl. Alsace-Moselle*, fasc. 224.

V. Documents législatifs et rapports

- ARTHUIS (J) - *Rapport d'information fait au nom de la Commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux participations de la Caisse des Dépôts et Consignations dans l'économie mixte locale* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2010-2011, 86 p.
- BALLIGAND (J-P) *et al.* - *Proposition de loi relative aux sociétés publiques locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2008-2009, n° 1303, 7 p.
- BIZET (J-F) - *Proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 1999-2000, Texte n° 455.
- BLANC (É) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, n° 871, 73 p.
- BLUM (R) - *Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2009-2010, n° 1915, 8 p.
- BOURGUIGNON (P) - *Rapport sur le projet de loi relatif aux sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, seconde session ordinaire de 1982-1983, n° 1489.
- BRAYE (D) - *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi portant engagement national pour le logement* - Paris, Sénat, seconde session ordinaire de 2005-2005, n° 270, 199 p.
- DARNE (J)
 - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3137, 84 p.
 - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3398, 56 p.
- DARNE (J), GIROD (P) - *Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3454, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 127, 21 p.

- DEFFERRE (G) DELORS (J) - *Projet de loi relatif aux S.E.M.L.* - Paris, Sénat, session ordinaire de 1981-1982, Texte n° 518.
- DUPONT (J-L) - *Proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n° 594, 9 p.
- GIRAUD (F), LORRAIN (J-L) - *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi relatif à la politique de santé publique* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2003-2004, n° 138, TI, 298 p.
- GIROD (P)
 – *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif aux S.E.M.L.* - Paris, Sénat, seconde session ordinaire de 1982-1983, n° 205.
 – *Rapport fait au nom de la commission des Lois sur la proposition de loi sur la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 77, 84 p.
 – *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2000-2001, n° 6, 116 p.
- GRAND (J-P) - *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi relatif aux concessions d'aménagement* - Paris, Assemblée nationale, session extraordinaire de 2004-2005, n° 2404, 44 p.
- HAMEL (G) - *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi portant engagement national pour le logement* - Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2005-2006, n° 3089, 346 p.
- MÉZARD (J)
 – *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n° 430, 52 p.
 – *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, pour le développement des sociétés publiques locales* - Paris, Sénat, session de 2009-2010, n° 429, 30 p.
- RAOUL (D) et al. - *Proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n° 253, 8 p.
- SAUGEY (B) - *Proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux* - Paris, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n° 268, 4 p.
- SCHOSTECK (J-P) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales* - Paris, Assemblée nationale, session de 2009-2010, n° 2277, 43 p.
- SUEUR (J-P) - *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif aux concessions d'aménagement* - Paris, Sénat, session extraordinaire de 2004-2005, n° 458, 95 p.

VI. Articles

- ABLINE (G) - L'intérêt communautaire : contours d'une notion indéfinie - *JCP ACT*, déc. 2007, comm. 2324.
- ANDRIEU (R) - Quelles règles comptables pour les SEM ? - *RFC*, 1995, n° 264, p. 9 et s.

- ANTONA (F) - Le concept d'économie mixte en droit - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 31 et s.
- ARNOULD (J) - Les contrats de concession, de privatisation et de services « *in house* » au regard des règles communautaires : les « instruments de type marché à l'épreuve du droit européen de la commande publique - *RFDA*, 2000, p. 2 et s.
- AUBELLE (V) - L'innomé des compétences entre les communes et leurs EPCI - *RLCT*, 2009, n° 43, 1258.
- AUBERT (J) - Sociétés d'économie mixte locales : droit public ou droit privé ? - *Les collectivités locales : dix ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges*, Aix en Provence, PUAM, 1994, p. 137 et s.
- AUBY (J-B)
- Les SEML : le droit communautaire - *AJDA*, 1993, p. 602 et s.
 - La double infortune des sociétés d'économie mixte locales - *Dr Adm.*, juil. 1997, repère 7.
 - La bataille de San Romano. Réflexion sur les évolutions du droit administratif - *AJDA*, 2001, p. 912 et s.
 - Les contrats d'aménagement et l'économie mixte dans la tourmente - *Dr. Adm.*, fév. 2005, repère 2.
 - Les SEM, inépuisable objet juridique *Dr. Adm.*, janv. 2008, repère 1.
 - Problématiques de l'externalisation - *Dr. Adm.*, juin. 2008, repère 6.
 - Partenariats public-privé institutionnalisés - *Dr. Adm.*, fév. 2010, repère 2.
 - Le casse-tête des compétences locales - *Dr. Adm.*, dec. 2010, repère 11.
- AUBY (J-B), NOGUELLOU (R) - Droit de l'urbanisme et droit de la concurrence - *Droit et économie. Interférences et interactions. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, Litec, 2009, p. 1 et s.
- AZAN (W) - Droit des marchés publics et redressement judiciaire des entreprises. Pour une clarification des procédures collectives - *Gaz. Pal.*, 1988, doctrine, p. 739 et s.
- BALLIGAND (J-P) - Entretien avec la Revue Lamy collectivités territoriales - *RLCT*, 2010, n° 60, 1708.
- BANGUI (T) - L'évolution de la jurisprudence de la CJUE et du CE relative au contrat « *in house* » depuis l'arrêt Teckal - *JCP ACT*, mai 2010, 2182.
- BARDON (C), SIMONNET (Y) - Telaustria : quel périmètre ? - *Dr. Adm.*, 2009, étude 2.
- BARLOY (F) - Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 2, p. 47 et s.
- BARON (É), TARON (D) - Les sociétés publiques locales : un instrument commercial au service de l'intérêt général ? - *LPA*, 6 août 2010, p. 7 et s.
- BAZEX (M)
- La loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales - *Rev. Droit immob.*, 1984, p. 121 et s.
 - Vers de nouveaux modèles normatifs pour le service public ? - *AJDA*, 1990, p. 659 et s.
 - Services publics industriels et commerciaux et droit de la concurrence - *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, Paris, LGDJ, 2001, p. 29 et s.
- BAZEX (M), BLAZY (S) - Application du droit de la concurrence aux activités publiques - *Dr Adm.*, Août-Sept. 2004, comm. 124.
- BENCHENDIKH (F)
- La maîtrise communale des compétences intercommunales par le biais des SEM. Analyse critique de l'article L. 1521-1 alinéa 2 du CGCT - *Regards croisés sur*

- l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 179 et s.
- Les enjeux du transfert de la compétence « organisation des transports urbains » aux intercommunalités à fiscalité propre - *AJDA*, 2007, p. 459 et s.
- BENJAMIN (M-Y)**
- Les SEML : société de nature commerciale appartenant au secteur public local - *RFC*, 1995, n° 264, p. 18 et s.
 - Les SEM dans la tourmente des nouvelles règles des marchés publics - *RFC*, 1995, n° 264, p. 45 et s.
 - Les relations contractuelles entre les SEM et les collectivités locales - *RFC*, 1996, n° 276, p. 43 et s.
 - Quand vingt ans de sédimentation législative compromettent le sort des SEML - *JCP ACT*, juil. 2003, comm. 1667.
 - La mise en concurrence du capital privé des sociétés d'économie mixte ? - *RFDA*, 2005, p. 973 et s.
 - Les marchés des SEM - in *Les SEM en mutation*, *CP-ACCP*, octobre 2006, p. 51 et s.
 - Une SEM est-elle une entité adjudicatrice comme une autre ? - *CP-ACCP*, nov. 2008, p. 43 et s.
- BERGÉAL (C)** - Doit-on craindre un détournement de la société publique locale par les collectivités locales ? - *AJCT*, 2011, p. 19 et s.
- BERNARD (J-M)** - Évolutions probables de la pratique de la maîtrise d'ouvrage publique - *CP-ACCP*, novembre 2006, p. 45 et s.
- BERNARD (P)** - L'interventionnisme économique des collectivités locales et la décentralisation - *L'interventionnisme économique et la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Montpellier, CREAM, 1984, Tome 1, p. 84 et s.
- BERNARD (S)**
- Intérêt public local et concurrence - *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine* - Grenoble, PUG, 2009, p. 41 et s.
 - Réflexions sur l'apport de la société publique locale au droit des entreprises publiques - *RDP*, 2011, n° 3, p. 587 et s.
- BÉROUJON (F)** - Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics - *RFDA*, 2008, p. 26 et s.
- BERRE (C)** - La logique économique dans la définition du service public - *RFDA*, 2008, p. 50 et s.
- BERTHELOT (O)** - Liberté du commerce et de l'industrie et transferts de compétences : socialisation de l'économie ou privatisation du service public ? - *AJDA*, 2003, p. 707 et s.
- BERTHOUD (J)** - L'évolution de l'économie mixte en France - *Rev. des sciences politiques*, 1938, p. 202 et s.
- BERTUCCI (J-Y), DOYELLE (A)** - Le contrôle des interventions économiques des collectivités locales - *AJDA*, 1994, p. 883 et s.
- BESOMBES (C)** - Les contrôles par les chambres régionales des comptes - *AJDA*, 1993, p. 622 et s.
- BEZANÇON (X)** - « In house » : les SEM dans la jurisprudence communautaire - in *Les SEM en mutation*, *CP-ACCP*, octobre 2006, p. 46 et s.
- BIANCARELLI (J)** - Le contrôle de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques - *AJDA*, 1993, p. 412 et s.
- BICHET (S)** - L'application du droit de la commande publique aux associations : un objectif plus qu'une réalité - *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 29 et s.

- BIENVENU (J-J) - Le droit administratif : une crise sans catastrophes ? - *Droits*, 1984, p. 93 et s.
- BIENVENU (J-J), RICHER (L) - Le socialisme municipal a-t-il existé ? - *Revue historique de droit français et étranger*, 1984, p. 205 et s.
- BILLET (P) - L'entrée en concurrence des concessions d'aménagement. À propos du décret du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés conclus par les concessionnaires et modifiant le Code de l'urbanisme - *JCP ACT*, oct. 2006, comm. 1231.
- BIGOT (G) - Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif - *RFDA*, 2008, p. 1 et s.
- BIZET (J-F)
- Les sociétés d'économie mixte et la nouvelle conception de l'aménagement - *AJDA*, 1993, p. 595 et s.
 - La responsabilité des élus à la tête des sociétés d'économie mixte. Aspects administratif et civil - *LPA*, 1995, n° 20, p. 31 et s.
 - Pour une défense de la concession d'aménagement - *BJCP*, 2008, p. 74 et s.
- BIZET (J-F), DEVÈS (C), DUPUIS (M-A) - De quelques difficultés de concilier, au sein des sociétés d'économie mixte locales, les règles du droit commercial et celles du droit administratif - *Dr Adm.*, déc. 1991, p. 1 et s., et janv. 1992, p. 1 et s.
- BLACHÈRE (P) - L'association délégataire de service public - *LPA*, 21 décembre 2001, p. 3 et s.
- BLOCH-LAINE (F) - Le mouvement associatif et le droit public - *AJDA*, 1980, p. 117 et s.
- BOITEAU (C)
- Concept communautaire de service public et services publics locaux - *RFDA*, 1995, p. 320 et s.
 - La société d'économie mixte locale, délégataire de service public - *AJDA*, 2002, p. 1318 et s.
 - Les sociétés d'économie mixte locales et les contrats de délégation de service public - *RFDA*, 2005, p. 946 et s.
- BONAMY (P), PELCRAN (A) - La procédure nationale de dévolution des concessions d'aménagement : loin du compte ! - *AJDA*, 2005, p. 2177 et s.
- BONNARD (R) - Les décrets-lois du ministère Poincaré - *RDP*, 1927, p. 248 et s.
- BORDIER (D) - Les chassés-croisés de l'intérêt local et l'intérêt national - *AJDA*, 2007, p. 2188 et s.
- BOUDET (J-F) - Les limites à l'approche juridique dans la définition de la SEM - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 81 et s.
- BOULOUIS (L) - Missions de service public ou missions d'intérêt général - *RGCT*, 2001, p. 588 et s.
- BOUSSARD (S) - L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature » - *RFDA*, 2008, p. 43 et s.
- BOUYSSOU (F) - Le rôle des associations en matière d'urbanisme - *AJDA*, 1980, p. 145 et s.
- BRACONNIER (S)
- Contrôle et régulation des services publics industriels et commerciaux locaux - *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, Paris, LGDJ, 2001, p. 159 et s.
 - L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de service public local - *Contrats Marchés publ.*, mai 2007, étude 10.

- BRACONNIER (S), MOREL (J-B) - La société mono-contrat en matière de délégation de service public et de contrats de partenariat - *Contrats Marchés publ.*, mai 2008, pratique 5.
- BRACONNIER (S), CIAUDO (A) - La passation des concessions d'aménagement après le décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 - *Contrats Marchés publ.*, oct. 2009, pratique 9.
- BRACQ (S) - L'économie mixte et la construction communautaire - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 239 et s.
- BRÉCHON-MOULÈNES (C)
- Liberté contractuelle des personnes publiques - *AJDA*, 1998, p. 643 et s.
 - Choix des procédures, choix dans les procédures - *AJDA*, 1998, p. 753 et s.
- BRENET (F)
- La théorie du contrat administratif : évolutions récentes - *AJDA*, 2003, p. 919 et s.
 - Les PPP confrontés au droit communautaire des marchés publics et des concessions - *JCP ACT*, juil. 2004, étude 1518.
 - La spécialité - *La compétence*, Paris, Litec, 2008, p. 79 et s.
- BRIAND (V) - La société publique locale : une nouvelle forme de coopération intercommunale ? - *AJCT*, 2011, p. 273 et s.
- BRICHET (R) - Le rôle des associations privées dans la vie administrative - *AJDA*, 1980, p. 123 et s.
- BRIS (R-F) le - Théorie de l'entreprise et théorie du service public - *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélange en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 397 et s.
- BROUSSOLLE (D) - Les privatisations locales - *AJDA*, 1993 p. 323 et s.
- BUÈS (J) - Notion de maîtrise d'ouvrage publique : l'état d'urgence - *CP-ACCP*, nov. 2004, p. 34 et s.
- CAILLOSSE (J)
- Droit public - droit privé : sens et portée d'un partage académique - *AJDA*, 1996, p. 955 et s.
 - Le droit administratif contre la performance publique ? - *AJDA*, 1999, p. 195 et s.
 - Le droit administratif français saisi par la concurrence ? - *AJDA*, 2000, p. 99 et s.
 - Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel - *AJDA*, 2005, p. 1781 et s.
 - Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique : les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 2, p. 469 et s.
 - Questions sur l'identité juridique de la « gouvernance » - *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, Paris, LGDJ, Droit et société, Vol. 44, 2007, p. 35 et s.
- CANET (P) - Premières remarques sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 en matière de liquidation judiciaire - *Rev. pro. coll.*, janvier-février 2009, dossier, article 12.
- CAPITANT (D) - Les contrats des SEM et le principe de concurrence - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 363 et s.
- CARIOU (A) - Les SEM d'activités immobilières et d'aménagement : des outils très attendus - *RFC*, 1995, n° 264, p. 49 et s.
- CARTIER (M-É) - La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? - *JCP E*, 1994, CDE, n° 5, p. 29 et s.

- CASSESE (S) - Rapport sur les sociétés à participation de l'État en Italie - *Sociétés d'économie mixte, entreprises publiques et fondations, Travaux de l'Association H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1969, p. 205 et s.
- CASTELNAU (R) de
 – Validation législative des conventions d'aménagement : le débat continue - *CP-ACCP*, déc. 2006, p. 51 et s.
 – La création des sociétés publiques locales d'aménagement : quelles conséquences pour l'économie mixte ? - *La Gazette des communes*, 18 décembre 2006, p. 52 et s.
- CAVACANTI (T) - Rapport général - *Sociétés d'économie mixte, entreprises publiques et fondations - Travaux de l'Association H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1969, p. 185 et s.
- CHABANOL (D) - Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 83 et s.
- CHARLES (H), DERRIDA (F) - Les contrats administratifs dans les procédures collectives - *D.*, 1977, IV, chron., p. 29 et s.
- CHARLIER (R-E) - Signification de l'intervention de l'État dans l'économie - *L'interventionnisme économique et la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen Georges Pequinot*, Montpellier, CREAM, 1984, Tome 1, p. 95 et s.
- CHATELIER (G) le - Société publique locale et région : quelles possibilités d'utilisation ? - *AJCT*, 2011, p. 279 et s.
- CHAUVEY (J-N) - Pour une définition de la « publicité » par la capacité effective de contrôle : l'exemple des délégations de service public - *RFAP*, n° 127, p. 511 et s.
- CHAVAROCLETTE-BOUFFERET (S) - Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques. Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du *in house* ? - *AJDA*, 2008, p. 2147 et s.
- CHÉROT (J-Y)
 – La réglementation des relations financières entre les collectivités locales actionnaires et leurs sociétés d'économie mixte locales - *LPA*, 1995, n° 128, p. 11 et s.
 – Les organismes de droit public dans les directives « marchés publics ». La notion de besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial - *BJCP*, 1999, p. 322 et s.
 – Commande publique locale et droit communautaire. Vers une contractualisation imposée par le droit communautaire dans la gestion des services publics locaux - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelles*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 69 et s.
 – L'avenir des entreprises publiques dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise - *Dr adm.*, avr. 2006, étude 7.
- CHICOT (P-Y) - La régionalisation des politiques sanitaires et sociales : l'émergence du « département-région providence » ? - *Dr. Adm.*, déc. 2006, étude 20.
- CLAISSE (Y), MOREAU (P)
 – La modernisation des sociétés d'économie mixte locales - *JCP E*, 2002, AR 34, p. 293 et s.
 – Les sociétés d'économie mixte locales et la loi du 2 janvier 2002, clarification, correction ou régression ? - *JCP CTI*, juin 2002, chron. 8.
- CLAMOUR (G)
 – Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques - *JCP ACT*, nov. 2007, étude 2286.
 – Apostille pour les faiseurs de système - *AJDA*, 2008, p. 169.
 – Ombres et lumières de l'ordonnance relative aux concessions de travaux publics - *Contrats et Marchés publ.*, août sept. 2009, étude 9.

- COLSON (J-P) - Les entreprises publiques et le droit communautaire - *JCP E*, 1995, CDE, n° 3, p. 9 et s.
- CONSTANS (L) - Une fiction juridique : la « commune intention des parties » - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 19 et s.
- COPPENS (P) - Sur l'intention et la volonté dans les contrats - *Mélange offerts à Marcel Fontaine*, Lacier, 2003, p. 83 et s.
- CORAIL (J-L)
- Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative - *Études de finances publiques. Mélange en l'honneur de M. le professeur Paul Marie Gaudemet*, Paris, Economica, 1984, p. 335 et s.
 - La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique - *L'interventionnisme économique et la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Montpellier, CREAM, 1984, Tome 1, p. 143 et s.
- CORMIER (M) - Mutation et enjeux des coopérations hospitalières - *AJDA*, 2006, p. 416 et s.
- COSSALTER (P)
- Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées - *RFDA*, 2002, p. 938 et s.
 - Le maître de l'ouvrage public et le maître d'œuvre face au droit européen - *CP-ACCP*, nov. 2004, p. 30 et s.
 - La société publique locale : un outil répandu en Europe - *RDP*, 2011, p. 730 et s.
- COSTA (D) - Mission de service public assurée par une personne privée : clarification ou codification ? - *AJDA*, 2007, p. 825
- COUDERT (P)
- L'application des procédures collectives aux entreprises publiques - *LPA*, 1994, n° 110, p. 26 et s.
 - Les sociétés d'économie mixte locales face au droit des procédures collectives : une adaptation nécessaire - *LPA*, 1994, n° 126, p. 9 et s.
- COURROUYAN (M) - Principales caractéristiques des sociétés publiques locales - *RLCT*, 2010, n° 60, 1705.
- COUZINET (P) - La théorie de la gestion publique dans l'œuvre de Maurice Hauriou - *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Toulouse, Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, 1968, p. 157 et s.
- CROCHEMORE (E) - Le sort des biens au terme de la délégation de service public - *CP-ACCP*, mai 2009, p. 34 et s.
- CUCHILLO FOIX (M), MATEO (M) - La notion de pouvoir adjudicateur en Espagne. La notion d'*Organismo de derecho público* - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 45 et s.
- DAL FARRA (T)
- Principe de favoritisme et délit de légalité - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 95 et s.
 - La responsabilité des dirigeants des SEM - *in Les SEM en mutation, CP-ACCP*, nov. 2006, p. 74 et s.
- DAL FARRA (T), LEPRON (F) - Les marchés des entités adjudicatrices non soumises au Code des marchés publics - *CP-ACCP*, oct. 2008, p. 50 et s.
- DAMAREY (S) - La société publique locale ou la fin des associations transparentes - *AJDA*, 2011, p. 15 et s.
- DANTONEL-COR (N) - Les paradoxes de la compétence économique locale - *JCP ACT*, nov. 2010, étude 2324.

- DAUVERGNE (B) - La responsabilité des dirigeants des entreprises publiques - *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 591 et s.
- DAVIGNON (J-F)
- Les sociétés d'économie mixte et le concept d'activité d'intérêt général - *Pouvoirs locaux*, 1995, n° 26, p. 107 et s.
 - L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local - *Contrats Marchés publ.*, mai 2007, étude 12.
- DEBOISSY (F) - Le contrat de société. Rapport français - in *Le Contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Tome LV, 2008, p. 119 et s.
- DEGOFFE (M)
- Responsabilité administrative et responsabilité civile - in *Guide de la responsabilité du maire*, Berger-Levrault, 3^e éd., 1999, p. 133 et s.
 - L'action en responsabilité des communes contre leurs élus - *JCP G*, 1999, I, 4032.
- DELACOUR (E)
- Économie mixte : une réforme du cadre juridique des SEM locales. Analyse de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 - *JCP E*, mai 2002, comm. 850.
 - La loi « MURCEF » : aspects de droit public - *JCP ACT*, mars 2002, chron. 5.
 - Les contrats publics des personnes privées - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 633 et s.
 - Les évolutions des fondements du droit des contrats des collectivités territoriales depuis la décentralisation de 1982 - *Contrats Marchés publ.*, mai 2007, étude 5.
- DELALOY (G) - Les délégations de service public. Ou la délicate conciliation des principes d'égal accès des candidats et de libre choix du délégataire - *Courrier juridique des finances et de l'industrie (CJFI)*, 2009, n° 56, p. 90 et s.
- DELAUNAY (B) - L'exception in house aux exigences du droit de l'Union européenne en matière de mise en concurrence - *RDP*, 2011, p. 722 et s.
- DELION (A)
- La notion d'entreprise publique - *AJDA*, 1979, n° 4, p. 3 et s.
 - Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? - *RFDA*, 2005, p. 977 et s.
 - L'histoire des SEML. Une progressive maturation institutionnelle - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 63 et s.
 - De l'État tuteur à l'État actionnaire - *RFAP*, n° 124, 2007, p. 537 et s.
- DELION (A), DURUPTY (M)
- Des cas originaux d'entreprises publiques locales : les initiatives du département de Seine-Maritime - *RFAP*, n° 100, 2001, p. 757 et s.
 - L'application aux sociétés d'économie mixte locales du droit des sociétés - *RFAP*, n° 107, 2003, p. 478 et s.
- DELVOLVÉ (P)
- Le nouveau statut des sociétés d'économie mixte locales - *Droit et villes*, 1983, n° 16, p. 125 et s.
 - Les contrats globaux - *RFDA*, 2004, p. 1079 et s.
 - Répression, droit pénal et droit administratif - in *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents* - Paris, PUF, 2005, p. 37 et s.
 - Les contrats publics dans le désordre - *Rev. contrats*, 2006, p. 951 et s.
- DENOIX DE SAINT MARC (R) - La question de l'administration contractuelle - *AJDA*, 2003, p. 970 et s.
- DEPIGNY (Y) - L'Institution est morte, vive l'Institution ! - *RRJ*, 2010, p. 91 et s.

- DEPORCQ (D) - Sociétés d'économie mixte et associations : entre souplesse et contention - *RFFP*, 1993, p. 63 et s.
- DESCHEEMAER (C)
- La responsabilité personnelle des ordonnateurs des collectivités locales - *RFFP*, 1993, p. 49 et s.
 - Cour de discipline budgétaire et financière - in *Guide de la responsabilité du maire*, Berger-Levrault, 3^e éd., 1999, p. 31 et s.
 - Gestion de fait et responsabilité financière - in *Guide de la responsabilité du maire*, Berger-Levrault, 3^e éd., 1999, p. 71 et s.
- DEVARIEUX (R) - Diagnostic financier des SEM : les premiers résultats - *RFC*, 1995, n° 264, p. 56 et s.
- DEVÈS (C)
- Nouveau départ pour l'économie locale ? - *AJDA*, 1983, p. 596 et s.
 - À quoi sert l'économie mixte ? - *RFAP*, n° 42, 1987, p. 229 et s.
 - Les organes locaux de la politique urbaine - *AJDA*, 1993, p. 192 et s.
 - Faut-il réformer la loi du 7 juillet 1983 ? - *AJDA*, 1993, p. 637 et s.
 - SEM et aménagement du territoire : les beaux jours d'un vieux couple - *RFC*, 1995, n° 264, p. 27 et s.
 - Les relations financières collectivités locales - sociétés d'économie mixte locales : la question des avances d'actionnaires - *Bull. Joly*, 1995, p. 497 et s.
 - Droit communautaire et entreprises publiques locales - *L'union européenne et les collectivités territoriales*, Paris, Economica, 1997, p. 91 et s.
 - Société d'économie mixte et gestion déléguée. La place des SEM dans la gestion déléguée des services publics locaux - *Dr Adm.*, 1997, chron. 13 (1^{re} Partie) et 16 (2^e Partie).
 - La SEM, pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice - *RGCT*, 1999, p. 214 et s.
 - La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales - *AJDA*, 2002, p. 139 et s.
 - Les contrats publics d'aménagement - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 95 et s.
 - La loi relative aux concessions d'aménagement ou comment parer au plus pressé ! - *JCP ACT*, oct. 2005, étude 1342.
 - La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ? - *JCP ACT*, sept. 2006, étude 1219.
 - Le juge administratif et l'intérêt public économique local - *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine* - Grenoble, PUG, 2009, p. 183 et s.
 - La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique ? - *JCP ACT*, juillet 2010, étude 2229.
- DIDER (P) - L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? Rapport - *JCP E*, 1994, CDE, n° 5, p. 18 et s.
- DOMENACH (J) - L'intercommunalité face au droit communautaire : la mutualisation des services est-elle entorse au principe communautaire de libre concurrence ? - *Droit et économie. Interférences et interactions. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, Litec, 2009, p. 103 et s.
- DOMINO (X), FATÔME (É), JÉGOUZO (Y), LOLOUM (F), SCHRAMECK (O) - Questions sur l'avenir de l'établissement public. À propos du rapport du Conseil d'État - *AJDA*, 2010, p. 1238 et s.
- DONIER (V) - Les clairs-obscurs de la nouvelle répartition des compétences - *AJDA*, 2011, p. 92 et s.
- DOUENCE (J-C)
- La spécialité des personnes publiques en droit administratif français - *RDP*, 1972, p. 758 et s.

- La participation des collectivités locales au capital d'une société commerciale dans la loi du 2 mars 1982 - *L'interventionnisme économique et la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Montpellier, CREAM, 1984, Tome 1, p. 219 et s.
- L'action économique locale - *AJDA*, 1992, p. 68 et s.
- Les incidences du caractère national ou local du service public - *AJDA*, 1997, p. 113 et s.
- L'évolution des modes de gestion des services publics industriels et commerciaux locaux - *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, Paris, LGDJ, 2001, p. 111 et s.
- Politiques publiques locales et sociétés d'économie mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 111 et s.
- DOUENCE (M) - L'influence du droit communautaire sur les collectivités territoriales - *Droit administratif européen* - Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 871 et s.
- DOUJET-THOMAS (F) le - Le fonctionnement commercial des sociétés d'économie mixte et le respect du droit de la concurrence - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 313 et s.
- DRAGO (R) - Peut-il y avoir des privatisations implicites ? - *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 87 et s.
- DRAGO (G) - De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise - *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 299 et s.
- DREYFUS (B) - À propos de la clause de compétence générale - *AJDA*, 2009 p. 337.
- DREYFUS (J-D)
 - L'externalisation, éléments de droit public - *AJDA*, 2002, p. 1214 et s.
 - Constitution et compétences normatives économiques des collectivités locales - *LPA*, 2009, n° 16, p. 14 et s.
 - Le regard des chambres régionales des comptes sur les associations - *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 51 et s.
 - Externalisation et liberté d'organisation du service - *AJDA*, 2009, p. 1529 et s.
- DREYFUS (J-D), BASSET (B) - Autour de la notion de droit commun de la commande publique - *AJDA*, 2004, p. 2256 et s.
- DREYFUS (J-D), LATULLAIE (F) - SEML et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique - *RTD com.*, 2011, p. 77 et s.
- DUBOS (O) - La validation législative des anciennes conventions d'aménagement : *Vanitas vanitatis !* - *AJDA*, 2005, p. 1753.
- DUCOULOUX (C) - Les sociétés d'économie mixte - *Rev. société*, 1962, p. 125 et s.
- DUFF (R) le - De l'économie mixte à la gestion mixte, au management mixte ou à la gouvernance mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 23 et s.
- DUPÉRON (O) - Les associations face au droit de la concurrence - *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 63 et s.
- DURAND (G)
 - Économie mixte locale, la nouvelle donne juridique - *JCP E*, 1993, CDE, n° 4, p. 13 et s.
 - La société d'économie mixte locale après la loi du 6 février 1992 relative à l'administration de la République - *RFDA*, 1993, p. 653 et s.
 - Établissement public local ou SEML ? Bref essai de comparaison juridique - *JCP E*, 1994, suppl. CDE n° 3, p. 27 et s.

- La nouvelle économie mixte locale après la loi n° 1.2002 du 2 janvier 2002 - *Environnements : les mots du droit et les incertitudes de la modernité : mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson* - Grenoble, PUG, 2004, p. 465 et s.
- La redondance des contrôles publics - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 401 et s.
- La SEML, l'établissement public et la société publique locale d'aménagement - *in* Les SEM en mutation, *CP-ACCP*, oct. 2006, p. 31 et s.
- DURMARQUE (Y) - Vicissitudes du principe de spécialité des établissements publics industriels et commerciaux - *Études en l'honneur de Pierre Sandevor : Service public, services publics*, Paris, l'Harmattan, 2000, p. 112 et s.
- DURNERIN (T) - L'Europe des entreprises publiques locales - *in* Les SEM en mutation, *CP-ACCP*, oct. 2006, p. 45 et s.
- DYENS (S) - Société publique locale et département : quelles pistes envisageables ? - *AJCT*, 2011, p. 275 et s.
- ECK (J-F) - L'économie mixte, une étape dans l'évolution du capitalisme français au XX^e siècle - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 49 et s.
- ECKERT (G)
 - L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché - *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 207 et s.
 - Les SEML : la problématique communautaire - *RFDA*, 2005, p. 959 et s.
 - Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics - *RFDA*, 2006, p. 238 et s.
- EMERY (C) - Les notions de personne responsable des marchés et de pouvoir adjudicateur - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 30 et s.
- ESPAGNO (D) - Une rencontre entre Léon Duguit et Maurice Hauriou : l'analyse institutionnelle du service public - *Études en l'honneur du Professeur Jean-Arnaud Mazères*, Litec, 2009, p. 333 et s.
- FAGE (A), ROSE-DULCINA (F) - La création des sociétés publiques locales d'aménagement : le déclin de l'économie mixte ? - *RLCT*, 2006, n° 19, 556.
- FATÔME (É)
 - À propos du rattachement des établissements publics - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jaques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 139 et s.
 - Il faut un réexamen d'ensemble du droit de l'aménagement - *AJDA*, 2005, p. 1372 et s.
 - Externalisation et protection des biens affectés au service public. Le point de vue d'un universitaire - *AJDA*, 2007, p. 959 et s.
 - Les établissements publics industriels et commerciaux et la tentation de l'abandon - *JCP ACT*, juil. 2009, étude 2202.
- FATÔME (É), MÉNÉMÉNIS (A) - Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse - *AJDA*, 2006, p. 67 et s.
- FATÔME (É), RICHER (L) - Questions sur les nouvelles concessions d'aménagement - *AJDA*, 2006, p. 926 et s.
- FAURE (B) - Le droit administratif des collectivités locales et la concurrence - *AJDA*, 2001, p. 136 et s.
- FENOYL (É) de - Le « *in house* » dans tous ses états : du pluri-contrôle public appliqué à l'intercommunalité - *JCP ACT*, juin 2007, étude 2151.
- FÉRAILLE (D) - La notion d'organisme de droit public dans la réglementation communautaire des marchés publics - *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, PUS, 2007, p. 229 et s.

- FERRARI (B) - Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité - *AJDA*, 2006, p. 1021 et s.
- FERRARI (E) - Entreprises publiques communautaires et *State Trading Enterprises* - *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, LGDJ, 2007, p. 315 et s.
- FLEURY (B) - « Libertés, libertés locales chéries » (Autour de la clause générale de compétence) - *JCP ACT*, mai 2010, 2 178.
- FONTOWICZ (L) - La performance de gestion des SEM - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 95 et s.
- FORT (F-X) - Les aspects administratifs de la liberté contractuelle - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 27 et s.
- FRAIMOUT (J-J) - La réforme des plans de sauvegarde et de redressement - *Rev. pro. coll.*, janvier-février 2009, dossier, article 11.
- FRAYSSE (F) - La loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales (SEML). L. n° 2002-1, 2 janv. 2002-2003, *JCP G*, 2003, I, 106.
- GALL (A) le - La distinction entre les sociétés d'économie mixte à raison de l'origine de leur capital - *AJDA*, 1998, p. 473 et s.
- GARBAR (C-A) - Les établissements publics industriels et commerciaux face à leurs personnels. De la différenciation à l'indifférenciation - *JCP ACT*, juil. 2009, étude 2199.
- GARCIN (F) - L'évolution de l'« économie mixte » en France - *Rev. Soc.*, 1924, p. 106 et s.
- GARRIGOU-LAGRANGE (J-M) - Les sociétés d'économie mixte, instrument d'interventionnisme des collectivités locales - *L'interventionnisme économique et la puissance publique : études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Montpellier, CREAM, 1984, Tome 1, p. 309 et s.
- GARTNER (F) - Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général - *RFDA*, 2006, p. 19 et s.
- GAUDEMET (Y) - Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général - *D.*, 2007, p. 3084 et s.
- GERMAIN (M), LEGROS (J-P) - Les sociétés d'économie mixte locales. La responsabilité des dirigeants - *AJDA*, 1993, p. 630 et s.
- GERMAIN (J), HENRI (P), NEYRET (B), LEMARCHAND (J-F), CHÉRAMY (M-C) - Retours d'expériences : l'exemple tourangeau à travers cinq entretiens - in *Les SEM en mutation, CP-ACCP*, octobre 2006, p. 60 et s.
- GHESTIN (J) - La notion de contrat - *Droits*, n° 12, 1990, p. 7 et s.
- GLAUQUE (D) - Les difficultés de gestion des partenariats public-privé en Europe. Pour une lecture « institutionnelle » - *RFAP*, 2009, p. 383 et s.
- GIORELLO (M) - Gestion *in house*, entreprises publiques et marchés publics : la Cour de Justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général - *Revue du droit de l'Union européenne*, 1-2006, p. 23 et s.
- GIRARDOT (T-X), RAYNAUD (F) - Le contentieux des élections municipales - *AJDA*, 1997, p. 746 et s.
- GLASER (E)
 – Obligation de transparence et absence de transparence - *BJCP*, n° 43, 2005, p. 414 et s.
 – Mandat administratif et concession d'aménagement - *RLCT*, 2010, n° 60, 1717.
- GLATT (J-M) - La loi pour le développement des sociétés publiques locales : le « in house » à la française - *LPA*, 30 août 2010, p. 5 et s.

- GOLFIER (B) - L'ouverture du mandat loi MOP aux opérateurs privés - *CP-ACCP*, nov. 2006, p. 40 et s.
- GONZALES (G) - Objet social et capital social des SEML - *LPA*, 1995, n° 128, p. 7 et s.
- GOOSSENS (C) - Rapport sur l'organisation des entreprises publiques et le droit des sociétés en Belgique - *Sociétés d'économie mixte, entreprises publiques et fondations, Travaux de l'Association H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1969, p. 210 et s.
- GOUTAL (Y) - Une société publique locale, pour quoi faire ? - *AJCT*, 2011, p. 266 et s.
- GOUTAL (Y), IDRISSE (M) - Une société publique locale, comment faire ? - *AJCT*, 2011, p. 269 et s.
- GRANJON (R) - Le contrat de mandat rattrapé par le droit administratif - *CP-ACCP*, janv. 2004, p. 21 et s.
- GRILLOUD - L'exonération des relations « in house » du régime des marchés publics - *CP-ACCP*, avril 2004, p. 73 et s.
- GROUD (H)
- Questions sur le droit des interventions économiques des collectivités territoriales - *AJDA*, 2005, p. 457 et s.
 - Réflexions sur le nouveau droit de l'interventionnisme économique local et régional - *RDP*, 2005, p. 1247 et s.
 - L'application du droit des aides économiques aux relations collectivités-associations - *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 77 et s.
- GROUD (H), PUGEAULT (S) - Les nouvelles conditions d'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications (CGCT, art L. 1425-1) - *Dr Adm.*, oct. 2004, p. 13 et s.
- GUÉNAIRE (M), VITAL-DURAND (E) - Principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixte locales : orientations des politiques pénales - *JCP ACT*, juil. 2003, étude 1668.
- GUÉRARD (S) - Socialisme municipal et économie mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 121 et s.
- GUÉRY (A) - Industrie et colbertisme ; origines de la forme française de la politique industrielle ? - *Histoire, économie et société*, 1989, Vol. 3, p. 297 et s.
- GUETTIER (C)
- Commentaire de la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 relative aux incompatibilités entre mandats électoraux ; commentaire de la loi n° 2000-295 du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives et à leurs conditions d'exercice - *AJDA*, 2000, p. 427 et s.
 - La responsabilité pénale des collectivités territoriales en question(s) - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 201 et s.
- GUÉZOU (O) - Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en concurrence - *CP-ACCP*, mars 2003, p. 43 et s.
- GUGLIELMI (G J)
- Les juristes, le service public et les entreprises publiques aux XIX^e et XX^e siècles - *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005, n° 52-3, p. 98 et s.
 - De la reconnaissance du service public virtuel à la reconnaissance pragmatique d'un service public à l'initiative des personnes privées - *Droit et économie. Interférences et interactions. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, Litec, 2009, p. 163 et s.
 - « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux » (présentation du colloque organisé par l'Association des étudiants du Master 2 Juriste-Conseil des Collectivités territoriales) - *RDP*, 2011, p. 717 et s.

GUIBAL (M)

– Le dualisme des contrats passés entre personnes publiques et personnes privées - *JCP E*, 1993, CDE, n° 4, p. 26 et s.

– Halte au feu ! - *CP-ACCP*, avril 2005, p. 3.

GUILLENCHMIDT (M) de - Responsabilité du président des organismes à capitaux publics - *Guide de la responsabilité du maire*, Berger-Levrault, 3^e éd., 1999, p. 138 et s.

GUILLOU (Y-R), BENCHIKH (L) - Collectivité territoriale les contrats de mandat doivent-ils être mis en concurrence ? - *CP-ACCP*, janv. e2004, p. 25 et s.

HASSLER (T) - L'intérêt commun - *RTD com*, 1984, p. 581 et s.

HAURIU (M) - La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social - *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, 1925, p. 1 et s.

HECQUARD-THÉRON (M) - La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention - *AJDA*, 1993, p. 451 et s.

HÉMERY (V) - Le partenariat, une notion juridique en formation ? - *RFDA*, 1998, p. 347 et s.

HERTZOG (R) - Les personnes publiques n'ont pas de compétence - *Gouverner, administrer, juger liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 235 et s.

L'HÔTE (V) - L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales : de l'insolvabilité du droit administratif dans le droit commercial - *AJDA*, 2003, p. 2233 et s.

HOUIN (R) - La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial - *La distinction du droit public et du droit privé et l'entreprise publique*, *Archives de Philosophie du droit*, n°1, 1981, p. 79 et s.

JANICOT (L)

– La réforme du statut des sociétés d'économie mixte locales - *RGCT*, 2001, p. 1121 et s.

– Réflexions sur la notion de compétence propres appliquées aux collectivités territoriales en droit français - *AJDA*, 2004, p. 1574 et s.

– L'identification du service public géré par une personne privée - *RFDA*, 2008, p. 67 et s.

JAYET (H) - Le concept de société d'économie mixte en économie - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 43 et s.

JÉGOUZO (L)

– L'évolution des offices de tourisme : du privé au partenariat public-privé - *AJDA*, 2007, p. 354 et s.

– Le logement social entre solidarité, décentralisation, service public et concurrence - *AJDA*, 2008, p. 500 et s.

JORION (B) - Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif - *AJDA*, 2004, p. 305 et s.

JUNIÈRES (B)

– Les SEML : le commissariat aux comptes - *AJDA*, 1993, p. 614 et s.

– La mission du commissaire aux comptes dans les SEM - *RFC*, 1995, n° 264, p. 59 et s.

KALFLÈCHE (G) - Secteur public et concurrence : la convergence des droits. À propos des droits de la concurrence et de la commande publique - *AJDA*, 2007, p. 2420 et s.

KARPELES (G) - L'ANRU et le financement des opérations de rénovation urbaine - *CP-ACCP*, sept. 2008, p. 69 et s.

KARPENSCHIF (M)

– L'accès des sociétés d'économie mixte aux financements communautaires - *JCP ACT*, juil. 2003, étude 1669.

- Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de Justice des Communautés européennes - *AJDA*, 2004, p. 526 et s.
 - Les aides des collectivités locales aux entreprises : quelques interrogations sur la règle *de minimis* - *JCP AE*, 2006, étude 1307.
 - SEM et aides publiques : vers une normalisation des relations ? - in Les SEM en mutation, *CP-ACCP*, octobre 2006, p. 55 et s.
 - L'association, opérateur économique au sens du droit des marchés publics - *CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 40 et s.
 - Le financement des obligations de service public : vers une généralisation des contrats de service public ? - *BJCP*, 2008, p. 234 et s.
 - SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnels (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? - *JCP ACT*, sept. 2009, étude 2230.
 - Les sociétés publiques locales : passeport pour un véritable PPPI ? - *JCP ACT*, nov. 2010, étude 2324.
- KLEINSCHMIDT (C) - Services urbains en Allemagne : l'économie municipale d'approvisionnement entre industrialisation et reconversion - *Histoire, économie et société*, 2007, n° 2, p. 101 et s.
- KOUTOUPA-RENGAKOS (E) - La notion de pouvoir adjudicateur en Grèce. La notion de pouvoir adjudicateur et d'organisme de droit public - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 54 et s.
- KOVAR (J-P) - Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? - *Dr Adm.*, 2007, étude 18.
- KOVAR (R) - Les prises de participations publiques et le régime communautaire des aides d'État - *RTD com.*, 1992, p. 109 et s.
- LACHAUME (J-F)
- Décentralisation et régies locales - Le processus de décentralisation : éléments d'un bilan provisoire, *RFDA*, 1989, p. 432 et s.
 - Le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public local - *RFDA*, 2001, p. 1063 et s.
 - De quelques problèmes de la délégation de service public mis en évidence par les notes de M. Hauriou - *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 267 et s.
 - Participation et services publics locaux - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jaques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 233 et s.
- LAGARDE (G) - De la société anonyme à l'entreprise publique - *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, Tome 2, 1950, p. 296 et s.
- LANGROD (G) - *L'entreprise publique en droit administratif comparé* - RIDC, 1956, p. 213 et s.
- LAUBADÈRE de (A)**
- La concertation et le droit administratif - *Administration et secteur privé*, colloque d'Aix-en-Provence, 1^{er} et 2 juin 1972, Paris, D., 1973, p. 12 et s.
 - L'administration concertée - *Problèmes de droit public contemporain, Mélanges en l'honneur du Professeur Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 407 et s.
 - Les associations et la vie administrative. Introduction - *AJDA*, 1980, p. 115.
- LECAT (G) - La société d'économie mixte, outil au service des collectivités locales - *Les collectivités locales : dix ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges*, Aix en Provence, PUAM, 1994, p. 131 et s.
- LÉCUYER (Y) - Mutualisation et services publics : les enjeux de la réforme - *Dr. Adm.*, 2009, étude 6.



- LECUYER-THIEFFRY (C), THIEFFRY (P) - Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence : les évolutions en cours - *AJDA*, 2005, p. 927 et s.
- LEGENDRE (P) - La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France - *Revue historique du droit français et étranger*, 1974, p. 140 et s.
- LEMOUZY (L) - Le rapport Caillosse sur la « clause générale de compétence » - *Contrats Marchés publ.*, juil. 2006, 1153.
- LEMOYNE DE FORGES (J-M) - collectivités locales et protection de la santé publique - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 253 et s.
- LEPLAT (B) - La création de SPL, condition nécessaire et suffisante au bénéfice de l'exception « *in house* » ? - *LPA*, 2005, n° 213, p. 5 et s.
- LETELLIER (H), SYMCHOWICZ (N) - Passer une convention publique d'aménagement - *Contrats Marchés publ.*, fév. 2005, prat. 2.
- LETTERON (R) - Les aides des collectivités territoriales aux services publics - *AJDA*, 1993, p. 437 et s.
- LEVENEUR (L) - La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) - *AJDA*, 1998, p. 676 et s.
- LEVOYER (L) - La participation des collectivités territoriales au financement des politiques locales de santé - *JCP ACT*, sept. 2009, étude 2225.
- LÉVY (A)
- Le délit d'ingérence et la responsabilité pénale des maires et élus municipaux - *LPA*, 1995, n° 10, p. 10 et s.
 - L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 - *Dr. Adm.*, Première partie, juin 2004, étude 12, Seconde partie, juillet 2004, étude 14.
- LICHÈRE (F)
- La transparence des associations administratives - *LPA*, 21 décembre 2001, p. 9 et s.
 - L'évolution du critère organique du contrat administratif - *RFDA*, 2002, p. 341 et s.
 - Externalisation et personnes publiques - *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, n°3, p. 66 et s.
 - L'association, pouvoir adjudicateur - *CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 34 et s.
 - L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics - *Droit administratif européen* - Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 945 et s.
- LIGNIÈRES (P), BABIN (L) - L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État - *Dr. adm.*, mai 2002, prat. 5.
- LIGNIÈRES (P), DESBONNET (C) - Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence - *Contrats Marchés publ.*, janv. 2004, prat. 1.
- LIGNIÈRES (P), GONZALEZ-DONAIRE (F) - Mise en concurrence des contrats passés par les SEM avec des tiers - *Dr. Adm.*, août-sept. 2003, prat. 8
- LIGNIÈRES (P), LEPRON (F) - Société d'économie mixte et loi Sapin - *Dr Adm.*, oct. 2002, prat. 9.
- LIGNIÈRES (P), MARCIANO (K) - Moderniser les sociétés d'économie mixte - *Dr Adm.*, avril 2002, prat. 4.
- LINDITCH (F)
- Recherche sur la dimension non concurrentielle de l'achat public ou « 101 raisons de ne pas mettre en concurrence les candidats à la commande publique et quelques autres » - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelles*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 141 et s.

- La subvention publique, le marché public et la délégation de service public : mode d'emploi - *Contrats Marchés publ.*, oct. 2007, focus 20.
- La création des sociétés publiques locales en bonne voie - *JCP ACT*, mars 2010, alerte 17.

LINOTTE (D)

- Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ? - *AJDA*, 2005, p. 1549 et s.
- Sur un nouvel instrument d'action publique locale : la société publique locale, panacée ou placebo ? À propos de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des SPL - *Gaz. Pal.*, oct. 2010, n° 275, p. 19 et s.
- Quelques interrogations sur la société publique locale et ses contraintes opérationnelles - *Gaz. Pal.*, mai 2011, n° 141, p. 17 et s.

LISSANDRO (G) - Observations sur le droit public dans les procédures collectives - *Rev. pro. coll.*, 1999, p. 195 et s.

LLORENS (F)

- Principe de transparence et contrats publics - *Contrats Marchés publ.*, janv. 2004, chron. 1.
- Mandat et Code des marchés publics - *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 557 et s.

LLORENS (F), SOLER-COUTEAUX (P)

- Les perspectives communautaires en matière de PPP et de concessions - *Contrats Marchés publ.*, janv. 2006, repère 1.
- Où en est-on du *in house* ? - *Contrats Marchés publ.*, mai 2006, repère 5.
- Concession d'aménagement : une copie à refaire - *Contrats Marchés publ.*, fév. 2007, repère 2.
- Une embellie pour le « *in house* » ? - *Contrats Marchés publ.*, juin 2007, repère 6.
- Obligation de mise en concurrence : un retour de balancier est-il possible ? - *Contrats Marchés publ.*, déc. 2007, repère 11.
- Service public, intérêt général et mise en concurrence : sur quelques arrêts récents du Conseil d'État - *Contrats Marchés publ.*, oct. 2007, repère 10.
- Les nouvelles perspectives du partenariat public-privé institutionnalisé. À propos de la communication de la Commission européenne du 5 février 2008 - *Contrats Marchés publ.*, mars 2008, repère 3.
- Le "*in house*" au secours de l'intercommunalité - *Contrats Marchés publ.*, janv. 2009, repère 1.
- Les sociétés publiques locales ou le « *in house* » à la française - *Contrats Marchés publ.*, mai 2009, repère 5.
- Partenariat public-privé institutionnel et économie mixte locale : à propos d'une proposition de loi - *Contrats Marchés publ.*, août-sept. 2009, repère 8.
- Que reste-t-il de la loi MOP ? À propos de la délégation de maîtrise d'ordre public - *Contrats Marchés publ.*, oct. 2009, repère 9.
- La longue marche vers le PPPI. À propos de l'avis du Conseil d'État du 1^{er} décembre 2009 - *Contrats Marchés publ.*, oct. 2010, repère 9.

LOMBARD (M)

- À propos de la liberté du commerce et de l'industrie entre opérateurs publics et opérateurs privés - *D.*, 1994, chron. p. 163 et s.
- L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? - *AJDA*, 2006, p. 80 et s.
- Les conséquences juridiques du passage de l'État propriétaire à l'État actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence - *RFAP*, n° 124, 2007, p. 573 et s.
- L'impact du droit communautaire sur les entreprises publiques - *Droit administratif européen* - Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 901 et s.

- 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte - *RJEP*, 2011, repère 2.
- LOMBART (P)
 - Le groupe d'entreprises à la recherche d'une personnalité - *RJEP*, 2009, repère 7.
 - Faut-il avoir peur des sociétés publiques locales ? - *RJEP*, 2010, repère 9.
- LONG (M)
 - Développement économique et développement local - *La profondeur du droit local, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 315 et s.
 - Clause générale de compétence et intérêt public local - *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine* - Grenoble, PUG, 2009, p. 27 et s.
- LOUVARIS (A) - Les contrats des collectivités territoriales et le droit de la concurrence - *Contrats Marchés publ.*, mai 2007, étude 8.
- LUCHAIRE (Y)
 - Les sociétés d'économie mixte locales et la loi du 7 juillet 1983 - *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Beguet*, Toulon, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 417 et s.
 - La diversité des contrats d'aménagement du territoire - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelles*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 49 et s.
- MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ (D) - La santé publique, les établissements de santé et les collectivités publiques : derniers développements - *AJDA*, 2006, p. 406 et s.
- MAILLOT (J-M) - La notion d' élu « intéressé » dans le droit des collectivités locales - *JCP G*, 2000, I, étude 242.
- MAJEROWICZ (S)
 - Des difficultés de la représentation des collectivités locales, administrateurs de sociétés d'économie mixte - *JCP G*, 1991, I, 3543.
 - La rémunération des élus, dirigeants de sociétés d'économie mixte : prise illégale d'intérêts ou non-soumission à l'article 432-12 du Code pénal ? - *JCP G*, 1994, étude 3808.
 - La responsabilité des élus locaux au sein des sociétés d'économie mixte locales après la loi du 2 janvier 2002 - *CJEG*, 2003, p. 1 et s.
- MARDIÈRE (C) de la - Le régime fiscal et comptable des SEM - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 379 et s.
- MARGUET (L) - La responsabilité des élus à la tête des sociétés d'économie mixte : la responsabilité pénale - *LPA*, 1995, n° 20, p. 29 et s.
- MARTIN (F) - Les aspects juridiques et fiscaux du compte courant d'associé - *LPA*, 2011, n° 99, p. 31 et s.
- MARTIN (J)
 - Entre soumission et résistance au droit communautaire, la complexification des procédures de passation des concessions d'aménagement - *Dr. Adm.*, nov. 2009, étude 20.
 - Personne privée, capitaux publics, et régime mixte - *RDP*, 2011, p. 744 et s.
- MARTIN (J), NAULEAU (P-Y) - Privatisation des SEM concessionnaires d'autoroutes : le sort des contrats - *in* Les SEM en mutation, *CP-ACCP*, octobre 2006, p. 40 et s.
- MARTY (G) - La théorie de l'Institution - *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Toulouse, Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, 1968, p. 29 et s.
- MAUGÜÉ (C)
 - Les participations au capital des entreprises et les sociétés d'économie mixte locales - *JCP E, Cahiers du droit de l'entreprise*, 1998, n° 1, p. 13 et s.
 - Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs - *AJDA*, 1998, p. 694 et s.



- La portée de l’obligation de transparence dans les contrats publics - *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l’honneur de Franck Moderne* - Paris, Dalloz, 2004, p. 609 et s.
- Les établissements publics industriels et commerciaux face au droit de la commande publique - *JCP ACT*, juil. 2009, étude 2198.
- MAUGÜÉ (C), STAHL (J-H) - Le cadre juridique des relations financières entre les sociétés d’économie mixte et les collectivités locales - *AJDA*, 1996, p. 475 et s.
- MAY (J-C) - La société : contrat ou institution ? - *Contrat ou institution : un enjeu de société* - Paris, LGDJ, 2004, p. 122 et s.
- MAZÈRES (J-A) - Que reste-t-il de la jurisprudence « Société Entreprise Peyrot » ? (La qualification des marchés de travaux des sociétés d’économie mixte d’équipement et d’aménagement public) - *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 575 et s.
- MELLERAY (F) - Une nouvelle crise de la notion d’établissement public : la reconnaissance d’autres personnes publiques spécialisées - *AJDA*, 2003, p. 711 et s.
- MENEZ (F) - Le territoire au cœur des rapports publics privés : La Cité internationale de Lyon - *Geocarrefour*, 2006, vol. 81/2, p. 105 et s.
- MERLEY (N) - Intérêt public local et transferts de compétences aux collectivités territoriales - *L’intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine* - Grenoble, PUG, 2009, p. 111 et s.
- MESTRE (R) le - La définition du secteur public en droit communautaire - *RRJ*, 1999, p. 895 et s.
- MET-DOMESTICI (A) - Aides d’État, service public et droit communautaire. Éléments de clarification sur la validité des compensations de service public - *AJDA*, 2006, p. 1881 et s.
- MEYER (F) - Réflexions sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière des premières applications jurisprudentielles - *RFDA*, 1999, p. 920 et s.
- MICHEL (J-C)
 - Les sociétés d’économie mixte locales - *RFFP*, 1990, n° 32, p. 235 et s.
 - Des sociétés d’économie mixte locales à capitaux publics minoritaires : utopie, évolution ou révolution ? - *RFFP*, 1996, n° 55, p. 117 et s.
- MIÈRE (A) le - Pouvoir adjudicateur et lien financier. Le sous-critère du financement majoritaire dans la définition de l’organisme de droit public - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 35 et s.
- MILHAT (C) - L’appréhension juridique du risque financier dans les contrats de gestion déléguée de service public - *Contrats et marchés publ.*, oct. 2006, étude 17.
- MILLER (G) - Les CRTC et les contrats *in house*. Vertus et dangers de la quasie-régie - *AJDA*, 2011, 550 et s.
- MILLER (G), LEYAT (A)
 - Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des délégations de service public - *AJDA*, 2007, p. 1696 et s.
 - Les chambres régionales et territoriales des comptes et les rapports publics de la Cour des comptes - *AJDA*, 2008, p. 522 et s.
 - Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des sociétés d’économie mixte locales - *AJDA*, 2009, p. 1701 et s.
 - Les chambres régionales des comptes et le contrôle des sociétés d’économie mixte locales - *AJDA*, 2009, p. 1701 et s.
- MODERNE (F) - Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? (à propos des rapports entre initiative économique publique et initiative économique privée dans les États européens) - *RFDA*, 2001, p. 563 et s.

- MONBRUN (C) - La responsabilité des personnes publiques du fait de leurs relations avec les associations - *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 105 et s.
- MONDOU (C) - Responsabilité pénale des collectivités territoriales - *AJDA*, 1993, p. 539 et s.
- MOREAU (J)
- Le contrôle du juge administratif sur les SEM locales - *Études en l'honneur de Georges Dupuis : droit public*, Paris, LGDJ, 1997, p. 253 et s.
 - Les institutions d'économie mixte dépendant des collectivités locales dans 9 pays de l'Union européenne - *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 461 et s.
- MORTIER (R) - La modernisation du droit des sociétés - *JCP NI*, 2008, étude 1296.
- MOUSSERON (P) - Les filiales d'externalisation - *CDE*, 2006, n° 3, p. 40 et s.
- MOUZET (P) - La normalisation jurisprudentielle de l'association transparente. Retour sur plusieurs arrêts récents concernant les associations subventionnées par les collectivités locales - *RDP*, 2008, p. 1540 et s.
- MULLER (É) - Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? - *Contrats et marchés publ.*, février 2010, étude 2.
- MUSCAT (J) - Marchés publics et favoritisme - in *Guide de la responsabilité du maire*, Berger-Levrault, 3^e éd., 1999, p. 106 et s.
- NATIVEL (P) - Le contrôle exercé par le commissaire aux comptes sur les sociétés d'économie mixte locales - *LPA*, 1995, n° 128, p. 31 et s.
- NEGRIN (J-P) - Les associations administratives - *AJDA*, 1980, p. 129 et s.
- NEMERY (J-C) - L'interventionnisme économique - *La libre administration des collectivités locales*, Paris, Economica, 1984, p. 139 et s.
- NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U)
- La responsabilité des collectivités locales du fait de leur soutien abusif aux SEML en difficultés - *RGCT*, 2000, p. 535 et s.
 - La création des sociétés d'économie mixte locales - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 255 et s.
- NGUYEN QUOC (V) - Le développement des activités commerciales des sociétés d'économie mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 303 et s.
- NICINSKI (S)
- Les évolutions du droit administratif de la concurrence - *AJDA*, 2004, p. 751 et s.
 - Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 45 et s.
 - La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés - *RFDA*, 2008, p. 35 et s.
 - La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales - *AJDA*, 2010, p. 1759 et s.
- NOGUELLOU (R)
- La maîtrise d'ouvrage publique et le droit communautaire. Pour l'avocat général, la loi MOP était bien contraire au droit communautaire - *Dr Adm.*, fév. 2005, focus. 3.
 - La coopération entre collectivités publiques et le droit communautaire - *Dr Adm.*, juillet 2009, focus 46.
 - Les sociétés publiques locales - *Dr Adm.*, juillet 2010, alerte 44.
 - L'avis de la section de l'administration du Conseil d'État sur les PPPI - *Dr Adm.*, août 2010, alerte 54.

- La notion de contrôle analogue - *RLCT*, 2010, n° 60, 1706.
- OPPETIT (B) - Le représentant permanent d'une personne morale administrateur de société anonyme - *JCP G*, 1969, I, 2227.
- PAILLUSSEAU (J)
 - Les fondements du droit moderne des sociétés - *S.*, 1984, I, 3148.
 - La notion de groupe de société et d'entreprises en droit des activités économiques - *D.*, 2003, p. 2346 et s. et p. 2417 et s.
- PAPPALARDO (A) - La prise de participation de l'État dans le capital des entreprises - *Interventions publiques et droit communautaire*, Pédone, 1988, p. 143 et s.
- PASSI (M) - L'heure des sociétés publiques locales a sonné - *RLCT*, 2010, n° 60, p. 14.
- PASTOREL (J-P) - Collectivité territoriale et clause générale de compétence - *RDP*, 2007, n° 1, p. 51 et s.
- PELISSARD (J) - Société publique locale : une création très attendue - *RLCT*, 2010, n° 60, p. 3.
- PELLISSIER (G) - Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel - *JCP ACT*, juin 2008, AR 568.
- PELTIER (M) - La société publique locale d'aménagement - *AJDA*, 2006, p. 2371 et s.
- PERROTET (S) - 1986-2006 : Bilan de vingt années de privatisation - *RJEP*, 2008, étude 4.
- PÉTEL (P) - Ordonnance du 18 décembre 2008. Présentation de la réforme - *Rev. pro. coll.*, janvier-février 2009, dossier, article 2.
- PETER (M) - La SEM : un juste équilibre public-privé - *in* Les SEM en mutation, *CP-ACCP*, octobre 2006, p. 28 et s.
- PEYRICAL (J-M)
 - Conventions de mandat : sociétés d'économie mixte et marchés publics - *Le Moniteur*, 2003, p. 84 et s.
 - Les contrats de prestations entre pouvoirs adjudicateurs - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 41 et s.
 - Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? - *AJDA*, 2004, p. 2136 et s.
 - Que reste-t-il du *in house* ? - *RFDA*, 2005, p. 955 et s.
 - La maîtrise d'ouvrage unique : un assouplissement bienvenu - *CP-ACCP*, nov. 2006, p. 38 et s.
 - Quelle frontière entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ? - *CP-ACCP*, nov. 2008, p. 46 et s.
 - L'évolution du droit de la commande publique : quelques commentaires et réflexions - *AJDA*, 2009, p. 965 et s.
 - De nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux. Services d'intérêt économique général, partenariats public-privé institutionnalisés et sociétés publiques locales - *AJDA*, 2011, p. 934 et s.
- PHILIPPE (X) - L'économie mixte locale : nouveaux enjeux ? - *LPA*, 1995, n° 128, p. 3 et s.
- PICARD (É) - La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application - *Rev. sociétés*, 1993, p. 261 et s.
- PIERENS (G) - Initiatives de la Commission européenne dans le domaine des partenariats public-privé au regard du droit des marchés publics et des concessions - *LPA*, 27 août 2010, p. 6 et s.
- PILONE (C) - Réflexions autour de la notion de contrat « *in house* » - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 701 et s.
- PIROU (X) - Transparence, *in house* et caractère fictif : réflexions autour de la personne morale en droit administratif - *RRJ*, 2010, p. 254 et s.
- PIVET (Y) - La diversification d'activités et ses limites - *AJDA*, 1993, p. 587 et s.

PONTIER (J-M)

- *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence - *RDP*, 1984, p. 1443 et s.
- Faut-il créer la catégorie des établissements publics locaux ? - *Rev. adm.*, n° 295, 1997, p. 78 et s.
- La personnalité publique, notion anisotrope - *RFDA*, 2007, p. 979 et s.
- Requiem pour une clause générale de compétence ? - *JCP ACT*, janv. 2011, étude 2015.

POINSOT (O) - Les institutions privées et le service public de l'action médico-sociale - *RGCT*, 2005, p. 415 et s.

PUGEAULT (S)

- Le risque de requalification des conventions entre associations et collectivités territoriales - *CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 50 et s.
- Les relations contractuelles entre collectivités territoriales et associations exerçant une mission d'intérêt général - *Associations et collectivités territoriales. Les liaisons dangereuses*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 13 et s.

QUILICHINI (P) - La liberté du commerce et de l'industrie peut servir à faire respecter la concurrence - *AJDA*, 2003, p. 1232 et s.

QUIOT (G) - La doctrine et la distinction des services nationaux et des services publics locaux : observations critiques - *La République et la cité : mélanges Hubert Charles*, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2001, p. 305 et s.

RAIMBAULT (P) - La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes publiques - *AJDA*, 2004, p. 2427 et s.

RAQUIN (J-J) - Les Sociétés d'économie mixte locales et le régime des entreprises en difficultés - *LPA*, 2008, n° 247, p. 8 et s.

RAPP (L)

- Commentaire de la loi n° 2000-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques - *AJDA*, 2001, p. 560 et s.
- Économie mixte et économie contractuelle - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 353 et s.

REGNAUT-MOUTIER (C) - L'administration de la SEM : propos de privatiste - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 287 et s.

RENOUARD (L) - Les relations financières entre les collectivités et leurs SEM - *La Revue du Trésor*, 1995, p. 171 et s.

RÉZENTHEL (R) - La participation des personnes de droit public dans le capital des sociétés occupant le domaine public portuaire - *AJDA*, 2004, p. 573 et s.

RICCI (J-C) - Le cadre et les instruments des interventions économiques et sociales des collectivités locales - *Les collectivités locales : dix ans après les lois de décentralisation : de la tutelle administrative à l'intervention des juges*, Aix en Provence, PUAM, 1994, p. 125 et s.

RICHER (L)

- Remarques sur les entreprises privées de service public - *AJDA*, 1997, p. 103 et s.
- Le contrat de mandat au risque du droit administratif - *CJEG*, 1999, p. 127 et s.
- Transformation d'un établissement public en société et contrats en cours - *CP-ACCP*, sept. 2005, p. 58 et s.
- Les établissements publics industriels et commerciaux et la tentative de filialisation de leurs activités - *JCP ACT*, juil. 2009, étude 2201.

RIHAL (H) - Le paysage associatif aujourd'hui : mode d'emploi des relations collectivités territoriales / associations - *CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 30 et s.

- RINALDI (P G) - Les sociétés d'économie mixte dans la gestion des services publics locaux en Italie - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 215 et s.
- RIVÉRO (J)
- Rapport sur le droit français des sociétés et l'entreprise publique - *Sociétés d'économie mixte, entreprises publiques et fondations, Travaux de l'Association H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1969, p. 193 et s.
 - Plaidoyer pour une octogénaire - *AJDA*, 1980, p. 121 et s.
 - Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif - *La distinction du droit public et du droit privé et l'entreprise publique, Archives de Philosophie du droit*, n° 1, 1981, p. 148 et s.
- RIZOULIÈRES (R) - Développement économique et contractualisation : les sociétés d'économie mixte locales et les partenariats public-privé - *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelles*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 37 et s.
- ROBLLOT-TROIZIER (A) - Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant - *RFDA*, 2007, p. 990 et s.
- RODRIGUES (S)
- Les subventions aux entreprises de service public ne sont plus nécessairement des aides d'État - *AJDA*, 2003, p. 1739 et s.
 - Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire - *AJDA*, 2006, p. 84 et s.
- ROLLAND (L) - L'État actionnaire. Rapport présenté au nom de la Commission de la Société d'Études législatives - *Bulletin de la Société d'Études Législative*, 1924, p. 58 et s.
- ROMAN-SÉQUENCE (B) - Prise illégale d'intérêts - Note sous Rép. min. à QE, n° 2910, *JOAN Q*, 13 janvier 2009, p. 330, *Contrats Marchés publ.*, mars 2009, comm 105.
- ROMI (R) - Les organes délibérants et organes dirigeants des SEM locales : la marque de la politisation - *LPA*, 1995, n° 128, p. 26 et s.
- ROUAULT (M-C) - Nouvelle définition du service public assumé par une personne publique - *JCP ACT*, avril 2004, étude 2066.
- ROUGEOT (A) - Économie mixte et reconstruction - *Rev. Adm.*, 1953, p. 521 et s.
- ROY (M) le - Transparence et fictivité à l'épreuve de la notion d'établissement public - *JCP ACT*, janv. 2008, étude 2014.
- SABATTIER (C), PEYRICAL (J-M)
- Collectivités locales et SEM : les limites du « in house » - *CP-ACCP*, janvier 2004, p. 32 et s.
 - Une SEM peut-elle devenir une centrale d'achat ? - *CP-ACCP*, septembre 2005, p. 62 et s.
- SABIANI (F) - L'habilitation des personnes privées à gérer un service public - *AJDA*, 1977, p. 4 et s.
- SANTINI (A) - Le devenir pour les sociétés d'économie mixte locales - *RFDA*, 2005, p. 953 et s.
- SAUNIER (S) - L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point - *RFDA*, 2007, p. 609 et s.
- SAVALL (S) - La SLP, un nouvel outil de gestion des services publics locaux - *RPD*, 2011, p. 753 et s.
- SCHOSTECK (J-P) - Entretien avec la Revue Lamy collectivités territoriales - *RLCT*, 2010, n° 60, 1707.
- SCHMIDT (D) - De l'intérêt social - *JCP E*, 1995, p. 488 et s.

SERVOIR (A), TENAILLEAU (F) - Comment les contrats publics doivent-ils prendre en compte les récents développements du droit communautaire ? - *JCP ACT*, sept. 2005, étude 1314.

SESTIER (J-F)

- Les aides financières directes consenties par les actionnaires publics locaux à leurs sociétés d'économie mixte. Les difficultés d'application de la loi du 24 juillet 1964 - *JCP G*, 1992, I, 3580.
- Les personnes soumises au droit communautaire : pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice - *LPA*, 2 février 2000, p. 46 et s.
- Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 923 et s.
- L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence - *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jaques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 401 et s.
- Les SEML après les textes relatifs aux concessions d'aménagement - in *Les SEM en mutation, CP-ACCP*, octobre 2006, p. 36 et s.

SEUBE (J-B) - Contrats privés - contrats administratifs : points de convergence ? - *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, Volume 1, p. 367 et s.

SFEZ (L) - Institution (Doctrine) - *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 835 et s.

SOINNE (B) - Prolégomènes sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés - *Rev. pro. coll.*, janv.-fév. 2009, repère 1.

SORACE (D), TORRICELLI (A) - La notion de pouvoir adjudicateur en Italie. La notion d'*organismo di diritto pubblico* - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 57 et s.

STIRN (B) - La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? - *AJDA*, 1998, p. 673 et s.

SYMCHOWICZ (N) - Paradoxes sur les contrats de partenariat - *Contrats Marchés publ.*, déc. 2004, p. 8 et s.

TABOUIS (A), HOURCABIE (A) - Notion et régime de la délégation unilatérale de service public - *Contrats Marchés publ.*, juin 2005, étude 13.

TAICLET (A-F) - Le développement économique territorial au regard des hypothèses de la gouvernance territoriale - *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, Paris, LGDJ, Droit et société, Vol. 44, 2007, p. 109 et s.

TEISSIER - Le Livre vert de la Commission européenne sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions - *BJCP*, n° 37, 2004, p. 419 et s.

TERCINET (M-R) - Cour de discipline budgétaire et financière et responsabilité des élus locaux - in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 451 et s.

TERNEYRE (P)

- Procédures collectives et marchés publics - *JCP E*, 1992, suppl. n° 4, p. 30 et s.
- Les sociétés d'économie mixte locales et les contrats - *LPA*, 1995, n° 128, p. 23 et s.
- Dangers et méthodes de redressement des sociétés d'économie mixte locales en difficulté - *LPA*, 1995, n° 128, p. 35 et s.
- La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel - *AJDA*, 1998, p. 667 et s.
- *Vade-mecum* sur les marchés publics in house - *D*, 2002, p. 669 et s.
- Les marchés publics et le droit communautaire - *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges* - Grenoble, PUG, 2004, p. 171 et s.

- Retour aux concessions d'aménagement - *BJCP*, n° 42, 2005, p. 338 et s.
- Secteur public et concurrence : la convergence des principes - *AJDA*, 2007, p. 1906 et s.
- Les établissements publics industriels et commerciaux et l'espoir d'un renouveau : les EPIC locaux - *JCP ACT*, juil. 2009, étude 2203.
- TERRIEN (G)**
 - Le contrôle financier des SEM - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 387 et s.
 - Le développement des sociétés publiques locales - *Dr. Adm.*, oct. 2010, étude 18.
- THIEFFRY (P)** - Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? - *AJDA*, 2007, p. 1331 et s.
- THOMAS (V)** - La responsabilité des dirigeants des sociétés d'économie mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 329 et s.
- TINIÈRE (R)** - Éléments de définition d'un standard commun aux groupements d'intérêt public - *AJDA*, 2007, p. 840 et s.
- TRAORÉ (S)** - La concession d'aménagement après la loi du 20 juillet 2005 - *Dr. Adm.*, déc. 2005, étude 20.
- TRUCHET (D)**
 - Nouvelles d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public - *AJDA*, 1982, p. 427 et s.
 - Renoncer à l'expression « service public » - *AJDA*, 2008, p. 553.
- VALADOU (P)** - Contrats des sociétés d'économie mixte et mise en concurrence - *AJDA*, 1992, p. 635 et s.
- VALLANSAN (J)** - Procédures collectives et société d'économie mixte locale - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 273 et s.
- VAN DE VYVER (P)** - Évaluation et limites des outils existants en matière de gestion des services publics - *RPD*, 2011, p. 739 et s.
- VAN HEES (B), WOUTERS (J)** - Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'État - *RMUE*, 1992, 2, p. 29 et s.
- VAMOUR (A)** - La dissolution de la société d'économie mixte - *Regards croisés sur l'économie mixte : approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 267 et s.
- VENDEUIL (S)** de - Nouvelles régulations économiques et dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général - *JCP EA*, 2001, p. 1315 et s.
- VERPEAUX (M)** - La clause générale de compétence, consécration ou remise en cause ? - *RLCT*, 2009, n° 42, 1123.
- VIDELIN (J-C)** - Établissement public industriel et commercial et service public - *RRJ*, 2007-1, p. 265 et s.
- VIEL (M-T)** - L'activité d'intérêt général de la société d'économie mixte locale. Une activité d'entreprise ordinaire ? - *RGCT*, 2010, p. 163
- WEBER (Y)** - La nature juridique des concessions administratives d'activités industrielles et commerciales (contribution à une théorie des contrats institutionnels) - *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 47 et s.
- WELS (Y)** - Sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement : entre clarifications et imprécisions réglementaires - *JCP ACT*, juin 2011, 2209.

- WESCHKA (M) - La notion de pouvoir adjudicateur en Allemagne. La notion d'*Einrichtung des öffentlichen Rechts* - *CP-ACCP*, sept. 2003, p. 45 et s.
- WIDEMANN (F) - Les sociétés d'économie mixte et la démocratie locale - *Économie et politique*, Supplément au n° 112, novembre 1963, p. 1 et s.
- WÜRTENBERGER (T), NEIDHARDT (S) - L'État actionnaire en Allemagne - *RFAP*, n° 124, 2007, p. 585 et s.
- YANNAKOPOULOS (C) - L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif - *RDP*, 2008, p. 420 et s.
- ZIMMER (W) - La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, fournitures et de services : premières réflexions - *Contrats Marchés publ.*, juin 2004, étude 5.

VII. Conclusions et notes

- ALFANDARI (E), JEANTIN (M) - Note sous CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la Moselle* et CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron* - *RTD Com.*, 1996, p. 489 et s.
- ALIBERT (B), DURAND (G) - Note sous CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence* - *Rev. Sociétés*, 1994, p. 764 et s.
- AMIEL (O) - Conflit autour de la notion de service public culturel d'exploitation cinématographique - Note sous CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité* - *AJDA*, 2008, p. 23 et s.
- APOLLIS (B) - Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les « opérateurs dédiés » sauvés par les « contrats-maison » ? Note sous CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS)* - *RFDA*, 2009, p. 759 et s.
- AUBY (J-M)
- Note sous TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot* - *JCP G*, 1963, II, 13375.
 - La théorie des institutions « transparentes » en droit administratif - Note sous CE, 11 mai 1987, *Divier c/ Association pour l'information municipale* - *RDP*, 1988, p. 263 et s.
- BARBIÈRI (J-F) - Application de la banqueroute à un élu local, président du conseil d'administration d'une SEMI en liquidation - Note sous Cass. crim., 2 juin 1999, *D. Lourec* - *Bull. Joly*, 1999, p. 1203 et s.
- BAZEX (M)
- La distinction entre l'activité économique et l'activité hors commerce devant le Conseil d'État - Note sous CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* - *Contrats Marchés publ.*, août 2006, comm. 129.
 - Note sous AC, 2 juin 2009, *relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentané d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille* - Règles de concurrence et dévolution des délégations de service public - *Dr. Adm.*, juillet 2009, comm. 97.
 - Le régime juridique des prises de participation des personnes publiques dans le capital des entreprises - Note TPIUE, 3 mars 2010, *Bundesverband Deutscher Banken EV* - *Dr. Adm.*, oct. 2010, comm. 126.
- BAZEX (M), BLAZY (S)
- La « banalisation » du statut des entreprises par le droit communautaire - Note sous CJCE, 7 juin 2005, *Vereniging voor Énergie, Milieu en Water e.a* ; CJCE, 2 juin 2005, *Commission c/ Italie* - *Dr Adm.*, août-sept 2005, comm. 118.
 - De la difficulté d'évaluer les avantages octroyés aux entreprises - Note sous TPICE, 29 mars 2007, *Scott SA c/ Commission* - *Dr adm.*, juin 2007, comm. 84.

- La nécessaire conciliation entre le statut de l'actionnariat public et le principe communautaire de la libre circulation des capitaux - Note sous CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c/ République Fédérale d'Allemagne - JCP ACT*, janv. 2008, comm. 13.
- L'incidence de l'évolution des modes de gestion publique sur le contrôle exercé à l'égard des dirigeants des organismes publics - Note sous CDBF, 25 juillet 2008, *France Télécom - Dr. Adm.*, 2009, comm. 31.
- BAZEX (M), ROLIN (F), SUBRA DE BIEUSSES (P) - Le juge communautaire donne toute son ampleur au principe de bonne administration qui pèse sur la Commission dans le cadre de l'article 88 du traité CE - Note sous TPICE, 29 mars 2007, *Scott SA c/ Commission et TPICE*, 29 mars 2007, *Département du Loiret c/ Commission - CCC*, août 2007, chronique 3.
- BENJAMIN (M-Y) - Note sous CE, 18 décembre 1996, *Élections municipales de Gerardmer - Dr Adm.*, 1997, n° 64.
- BERGEAL (C)
 - La candidature d'une personne publique à un contrat public - Conclusions sur CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau - RFDA*, 2001, p. 106 et s.
 - La candidature d'une personne publique à un contrat public - Conclusions sur CE Avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants - RFDA*, 2001, p. 106 et s.
 - Conclusions sur CE, 27 juillet 2001, *CAMIF - BJCP*, 2001, n° 19, p. 497 et s.
- BIZET (J-F), DEVÈS (C) - Conditions relatives à la création d'une SEM locale - Note sous CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la Moselle - AJDA*, 1995, p. 237 et s.
- BOITEAU (C) - Vers une définition du service public ? - Note sous CE, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI) - RFDA*, 2007, p. 803 et s.
- BOULOC (B)
 - Cass. crim., 16 février 1971, *Crolle, Guitton et Robert - Rev. sociétés*, 1971, p. 418 et s.
 - Société d'économie mixte : banqueroute et ingérence - Note sous Cass. crim., 2 juin 1999, *D. Lourec - Rev. sociétés*, 1999, p. 653 et s.
- BOULOUIS (N)
 - Conclusions sur CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, non publiées.
 - La sous-traitance des marchés publics, étendue et protection - Conclusions sur CE, 26 septembre 2007, *Département du Gard et Société d'aménagement et d'équipement du département du Gard - RFDA*, 2008, p. 277 et s.
 - Conclusions sur CE 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, non publiées.
 - Conclusions sur CE 3 mars 2010, *Département de la Corrèze - AJDA*, 2010, p. 957 et s.
- BOURREL (A) - L'intercommunalité à l'abri du droit des marchés publics : une application audacieuse de la notion de « in house » - Note sous TA Pau, 14 octobre 2008, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune d'Ilharre*, TA Pau 6 janvier 2009, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune de Lahontan - AJDA*, 2009, p. 929 et s.
- BRACONNIER (S) - L'apport de l'affaire « Auroux » au droit des contrats publics des affaires - Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux et al. c/ Commune de Roanne - RDP*, 2007, p. 1329 et s.
- BRAIBANT (G) - Conclusions sur TC, 7 janvier 1972, *SNCF c/ Entreprise Solon et Barrault - RDP*, 1972, p. 465 et s.
- BRAMERET (S)
 - Recapitalisation d'une société d'économie mixte locale et contrôle du juge administratif - Note sous CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau - RLC*, 2011, n° 27, 1798.



- Gestion d’une société d’économie mixte locale et responsabilité financière des élus locaux devant la Cour de discipline budgétaire et financière - Note sous CDBF, 25 novembre 2010, *Société immobilière d’économie mixte de la Ville de Paris (SIEMP)* - JCP A, 2011, n° 20, 2188.
- BRAUD (C) - Note sous CE, 27 mars 1995, *Chambre d’agriculture des Alpes-Maritimes* - AJDA, 1995, p. 921 et s.
- BRÉCHON-MOULÈNES (C), RICHER (L) - Note sous CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. c/ Strohal Rotationsdruck GesmbH* - CJEG, 1998, p. 239 et s.
- BRENET (F) - La nullité d’un contrat conclu par une association transparente - Note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* - CP-ACCP, 2007, n° 68, p. 58 et s.
- BROUSSY (E), DONNAT (F), LAMBERT (C)
 - Note sous CJCE, 5 octobre 2006, *Commission des Communautés européennes c/ République française* - AJDA, 2006, p. 2271 et s.
 - La Cour de Justice précise la notion de marché *in house* - Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux* et CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo* - AJDA, 2007, p. 1117 et s.
 - Marchés *in house* : revirement de jurisprudence ou arrêt isolé ? - Note sous CJCE, 17 juillet 2008, *Commission des Communautés européennes c/ République italienne* - AJDA, 2008, p. 2337 et s.
 - Du contrôle par les collectivités publiques d’une entreprise publique à la coopération intercommunale : extension de la notion de *in house* ? Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant* - AJDA, 2008, p. 2336 et s.
- BRUNET (P)
 - Sans convention (de délégation), pas de subvention (d’un service public) - Note sous CAA Marseille, 4 juillet 2005, *M. et Mme Jean-Louis Armand* - Rev. contrats, 2006, p. 862 et s.
 - La mutualisation comme substitut à l’externalisation des services - Note sous CE, *Syndicat national des industries d’information de santé (SNIIS)*, Rev. contrats, 2009, p. 1539 et s.
- BUI-XUAN (O) - Service public culturel et droit de la commande publique : une clarification inachevée - Note sous CE, 6 avril 1997, *Commune d’Aix-en-Provence* - RDP, 2007, p. 1367 et s.
- CAPITANT (R) - Note sous CE, 4 janvier 1935, *De Lara* - D., 1936, 3, p. 1 et s.
- CAPITANT (D)
 - Les SEM exclues du « *in house* » - Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle* - CP-ACCP, mars 2005, p. 45 et s.
 - La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s’inscrire dans le cadre de la théorie du « *in house* » ? - CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d’information et de santé (SNIIS)* - RLCT, 2009, n° 47, 1370.
- CARANTA (R) - Jurisprudence *Telaustria* et contrats *in house* - Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c/ Commune d’Uccle* - Dr. Adm., 2009, comm. 22.
- CASAS (D)
 - Conclusions sur CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* - CJEG, 2006, p. 430 et s.
 - À quelles conditions une personne privée gère-t-elle un service public du cinéma ? - Conclusions sur CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité* - BJCP, 2007, p. 483 et s.
- CHANLAIR (M-P) - Quelles aides les collectivités locales peuvent-elles accorder aux SEM ? - Note sous TA de Paris, 21 avril 1994 - RFC, 1995, n° 264, p. 33 et s.

- CHARTEL (N), DUCROUX (L) - La mise en concurrence des concessions d'aménagement - Note sous CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis c/ Commune de Cilaos* - CP-ACCP, février 2005, p. 41 et s.
- CHAUVAUX (D) - Conclusions sur TC, 20 novembre 2006, *Préfet du Gard c/ tribunal de commerce d'Alès - Rapport public annuel 2006*, Paris, Éditions du Journal officiel, 2006, II, n° 3570, conclusions Chauvaux.
- CHOUVEL (F) - Règles régissant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM - Note sous CE, 21 avril 1997, *Commune d'Aubagne* - AJDA, 1997, p. 711 et s.
- CLAMOUR (G)
- Société d'économie mixte et procédure collective : la situation des dirigeants personnes morales de droit public - Note sous Cass. com., 8 janvier 2002, *Moustache* et Cass. com., 8 janvier 2002, *Albenque c/ Me Ravise-Bès, ès qual AJDA*, 2002, p. 808 et s.
 - Du droit applicable aux actions économiques des personnes publiques - Note sous CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* - RLC, 2006, n° 9, 641.
 - La transparence et le service public : *vade-mecum* - Note sous CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* - D., 2007, p. 2617 et s.
 - Vente de séjours touristiques par une SEM et liberté du commerce et de l'industrie - Note sous CAA Nancy, 14 juin 2007, *SAEM Reims Champagne Congrès Expo* - AJDA, 2007, p. 1933 et s.
 - Diversification d'une SEM et liberté du commerce et de l'industrie - Note sous CAA Nancy, 15 mars 2007, *SAEM Reims Champagne Congrès Expo* - RLC, 2007, n° 12, 845.
 - Diversification d'une SEM et liberté du commerce et de l'industrie (suite) - Note sous CAA Nancy, 14 juin 2007, *SAEM Reims Champagne Congrès Expo* - RLC, 2007, n° 13, 920.
 - L'accès des personnes publiques à la commande publique - Note sous CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne* - RFDA, 2010, p. 146 et s.
- CLIQUENNOIS (M) - Note sous CE, 5^e et 3^e sous-sect., 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et autres* - JCP G, 1995, II, 22507.
- COCHI (V), TERRIEN (G) - Concession de travaux et marchés publics : quelle distinction en droit communautaire ? - Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Commission c/ République italienne* - CP-ACCP, mars 2009, p. 62 et s.
- CORTOT-BOUCHER (E) - La participation d'une collectivité territoriale à une opération de recapitalisation d'une SEM ne doit pas être constitutive d'une aide illégale - Conclusions sur CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du bassin de Thau* - RJEP, 2011, comm. 17.
- COSMAS (G) - Conclusions sur CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL* - BJCP, 2000, n° 8, p. 43 et s.
- COURRÈGE (A) - La constitution d'un GIP est-elle soumise au code des marchés publics ? - Conclusions sur CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS)* - JCP ACT, juin 2009, commentaire 2145, BJCP, 2009, n° 64, p. 237 et s.
- DACOSTA (B) - Les marchés de travaux passés par une société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés relèvent-ils de la compétence du juge administratif du référé précontractuel ? - Conclusions sur CE, 1^{er} avril 2009, *Société des autoroutes du sud de la France* - BJCP, 2009, n° 65, p. 328 et s.
- CLAUSADE (J) de - Conclusions sur CE, 21 février 1990, Élections municipales de Vélizy-Villacoublay - non publiées.
- DEGOFFE (M), DREYFUS (J-D) - Note sous CE Avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* - CJEG, fév. 2001, p. 58 et s.

- DELALOY (G) - Intercommunalité et marchés publics : un nouveau pas vers la réconciliation - Note 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne* - *Le courrier juridique des finances et de l'industrie*, 2009, n° 57, p. 203 et s.
- DELVOLVÉ (P) - De la nature juridique des sociétés d'économie mixte et de leurs marchés de travaux - Note sous CE, 21 juillet 1972, *Société Entreprise Ossude* ; CE, 10 novembre 1972, *Société des grands travaux alpins*, *Entreprise P.I.C.O. et Entreprise Chagnaud et Fils* - *RDP*, 1973, p. 351 et s.
- DENIS-LINTON (M) - Conclusions sur CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence* - non publiées.
- DEVÈS (C)
- Inéligibilité aux fonctions de maire d'un administrateur et directeur d'une SEML de construction, chargé de la gestion d'un parc de stationnement municipal - Note sous CE, 21 février 1990, *Élections municipales de Vélizy-Vilacoublay* - *AJDA*, 1990, p. 560 et s.
 - Compétence de la juridiction administrative en matière de création et location d'ateliers relais par les communes - Note sous CAA Paris, 7 novembre 1989, *Ville de Saint-Denis* ; CAA Lyon, 26 juin 1990, *Société pour la mise en valeur des régions Auvergne Limousin (SOMIVAL)* - *AJDA*, 1991, p. 375 et s.
 - Un droit jurisprudentiel de l'économie mixte peut-il se substituer progressivement au système instauré par la loi du 7 juillet 1983 ? - Note sous CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence* - *AJDA*, 1994, p. 470 et s.
 - Note sous CE, 13 septembre 1995, *Département des Alpes-Maritimes* ; CE, 6 novembre 1995, *Commune de Villenave-d'Ornon* - *AJDA*, 1996, p. 223 et s.
 - Note sous CA Caen, 24 septembre 1998, *Société d'économie mixte de Cabourg et sa région (SEMCAR)* - *RGCT*, 1998, p. 132 et s.
 - SEM et responsabilité communale ou mayorale - Note sous TC, 14 février 2000, *Société anonyme d'Imphy c/ Commune d'Ingrandes-sur-Vienne* - *RGCT*, 2000, p. 372 et s.
 - Dissolution d'une SEML et aide directe - Note sous CE, 15 mars 2000, *Commune de Romilly-sur-Seine* - *RGCT*, 2000, p. 451 et s.
 - Les conditions de recapitalisation d'une société d'économie mixte locale - Note sous CAA Bordeaux, 29 octobre 2002, *M. Bordeaux* - *AJDA*, 2003, p. 235 et s.
 - Note sous CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis* - *JCP ACT*, fév. 2005, comm. 1070.
 - Régime juridique applicable à la conclusion d'une convention d'aménagement entre une commune et une SEML - Note sous CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis* - *JCP E*, 17 mars 2005, 449.
 - La concession d'aménagement au crible de la jurisprudence communautaire : l'arrêt *Commune de Roanne*, un coup d'épée dans l'eau ou un préalable à une évolution profonde ? - Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne* - *JCP ACT*, fév. 2007, comm. 2028.
 - Des progrès méritoires mais encore insuffisants dans la définition des prestations intégrées ou du « in house » - Note sous CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS)* - *JCP ACT*, juin 2009, comm. 2145.
 - La concession d'aménagement n'est pas un mandat - Note sous CE, 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse* - *JCP ACT*, juin 2011, comm. 2205.
- DEVILLIERS (P) - Convention passée avec un aménageur : quel juge compétent ? - Note sous CE, 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse* - *Contrats et marchés publ.*, mai 2011, comm. 130.
- DIEU (F)
- Notion de « membre intéressé » du conseil municipal au regard de l'article L. 2131-1 du CGCT - Note sous TA Nice, 20 janvier 2006, *P. c/ Commune Beausoleil* - *JCP CTI*, mai 2006, comm. 78.

- Une commune peut-elle participer à la création d'une société d'économie mixte avec une société détenue par le maire et l'un de ses adjoints ? - Conclusions sur TA Nice, 8 décembre 2006, *Mme Jehanne Arnaud c/ Commune de Sainte-Maxime - BJCL*, 2007, n° 1^{er} juillet, p. 10 et s.
- DONNAT (F) - Marché *in house* : application positive de la jurisprudence *Teckal* - Note sous CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie - RJEP*, 2008, comm. 51.
- DOUENCE (J-C)
 - L'action économique locale à l'épreuve du juge administratif - Note sous CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence - RFDA*, 1994, p. 900 et s.
 - L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public - Note sous CE, Section, 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence - RFDA*, 2007, p. 821 et s.
- DREYFUS (J-D)
 - Les prestations de services confiées aux SEML sont soumises au code des marchés publics - Note sous CE, 30 décembre 2002, *Préfet du département des Côtes-d'Armor - AJDA*, 2003, p. 394 et s.
 - Contrats passés par les SEM, loi Sapin et loi Murceff - Note sous CAA Lyon, 3 avril 2003, *Société Lyon Parc Auto - AJDA*, 2003, p. 1982 et s.
 - Obligations minimales de publicité et de transparence et conventions d'aménagement - Note sous CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Société Sodegis - AJDA*, 2005, p. 257 et s.
 - La nature des contrats passés par une personne privée transparente - Note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt - AJDA*, 2007, p. 915 et s.
 - Frictions autour du « label de service public » - Note sous CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité - AJDA*, 2007, p. 2260 et s.
 - La sauvegarde des intérêts du service public délégué - Note sous CAA Lyon, 26 juin 2008, *Avrillier c/ Commune de Grenoble - AJDA*, 2009, p. 92 et s.
 - La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? - Note sous CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS) - AJDA*, 2009, p. 891 et s.
 - La validation législative des conventions d'aménagement signées avant la loi du 20 juillet 2005 est incompatible avec le Traité de Rome - Note sous CAA Versailles, 12 mars 2009, *Commune de Clichy-la-Garenne - AJDA*, 2009, p. 1201 et s.
 - Licéité de la présence sur le marché d'un organisme public répondant à un appel d'offres - Note sous CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, 2009, p. 2006 et s.
- DREYFUS (J-D), RODRIGUES (S) - La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? - Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne - AJDA*, 2009, p. 1715 et s.
- DREIFUSS (M) - Responsabilité et nullité d'un contrat administratif liant deux personnes privées - Note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt - D.*, 2007, p. 1937 et s.
- DURAND (G) - Note sous CDBF, 23 février 1994 - *RDP*, 1996, p. 241 et s.
- ECKERT (G)
 - Contrats « in house » et sociétés d'économie mixte locales - Note sous CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle - Contrats Marchés publ.*, mars 2005, comm. 68.
 - La CJCE restreint le champ d'application des contrats « in house » - Note sous CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH - Contrats Marchés publ.*, déc. 2005, comm. 306.
 - Contrat « in house » et privatisation des sociétés publiques - Note sous CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche - Contrats Marchés publ.*, janv. 2006, comm. 2.

- Contrat « in house » : des précisions mais peu d'espoir ! - Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, Agesp SpA - Contrats Marchés publ.*, n° 7, juil. 2006, comm. 203.
- Contrat passé par une association transparente et responsabilité administrative - Note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt - Contrats et Marchés publ.*, sept. 2005, comm. 211.
- Des modalités de dévolution de la gestion d'un service public à un opérateur privé - Note sous CE, Sect., 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence - Contrats Marchés publ.*, juin 2007, comm. 191.
- Une mission d'intérêt général n'est pas nécessairement un service public - Note sous CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité - Contrats Marchés publ.*, nov. 2007, comm. 308.
- Qu'est-ce qu'un opérateur économique ? - Note sous CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c/ Italie - JCP ACT*, fév. 2008, comm. 29.
- Quelques précisions sur la notion d'activité économique - Note sous CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission CE et Eurocontrol - Contrats et marchés publ.*, mai 2009, comm. 152.
- Constitution d'un groupement momentané d'entreprises et pratiques anticoncurrentielles - Note sous AC, décision n° 09-D-18, 2 juin 2009, *relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentané d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille - Contrats et Marchés publ.*, août-sept. 2009, comm. 285.
- Candidature d'une personne publique : le Conseil d'État confirme l'avis Société Jean-Louis Bernard Consultants - Note sous CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, 2009, *Contrats et marchés publ.*, août-sept. 2009, comm. 270.
- Tarif des services publics industriels et commerciaux - Note sous CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) - Contrats Marchés publ.*, oct. 2009, comm. 331.
- EGLIE-RICHTERS (B) - La frontière entre les délégations de service public, les contrats de partenariat et les marchés publics a-t-elle bougé le 18 juillet 2008 ? - Note sous CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Italie - AJDA*, 2008, p. 2346 et s.
- FABRE (F.J) *et al.* - Note sous CDBF, 19 juillet 1974, *Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La Villette (SEMVI) - GAJF*, n° 51, p. 481 et s.
- FATÔME (É), RICHER (L)
 - La découverte, par le Conseil d'État du contrat de « simple organisation » du service public - Note sous CE avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean Moulin - CP-ACCP*, juin 2004, p. 74 et s.
 - La convention d'aménagement en transition - Note sous CAA Bordeaux, 9 décembre 2004, *Sodegis c/ Commune de Ciloas - CP-ACCP*, avril 2005, p. 58 et s.
- FENOYL (É) de - Contrats « in house » : état des lieux après l'arrêt *Asemfo* - Note sous CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) - AJDA*, 2007, p. 1759 et s.
- FOMBEUR (P), GUYOMAR (M) - Inapplicabilité de l'action en comblement de passif aux personnes publiques exerçant une mission de service public administratif - Note sous TC, 15 novembre 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne, AJDA*, 1999, p. 992 et s.
- GARTNER (F) - La direction des sociétés d'économie mixte locales par des élus : « entre commerce et transparence » - Note sous CE, 18 décembre 1996, *Élections municipales de Gérardmer - RFDA*, 1997, p. 783 et s.
- GASPON (O) - Une commune peut-elle confier la gestion d'un crématorium à une société privée sans lancer une procédure de délégation de service public ? - Conclusions sur

- TA Amiens, 6 mars 2008, *Société des crématoriums de France c/ Commune de Méru* - *BJCL*, 2008, p. 497 et s.
- GHÉRARDI (É) - Des établissements de santé ne peuvent constituer seuls une société d'économie mixte locale - Note sous TA Poitiers, 19 décembre 2002, *ARH du Poitou-Charentes c/ Centre hospitalier de Royan* - *JCP ACT*, avril. 2004, comm. 1306.
- GILTARD (D), PLESSIX (B) - Note sous CAA Nancy, 13 novembre 2008, *Compagnie des transports strasbourgeois (CTS)* - *JCP ACT*, mai 2009, chronique 2111.
- GINTRAND (E) - Les élus dirigeants de SEM peuvent être mis en faillite personnelle - Note sous Cass. com., 8 janvier 2002, *Moustache - Dr Adm.*, mars 2002, comm. 53.
- GLASER (E)
 - Association transparente, collectivité locale responsable - Conclusions sur CE, 5 décembre 2005, *Département de la Dordogne - RGCT*, 2005, p. 395 et s.
 - La responsabilité du fait de la gestion d'une association transparente ne suppose qu'une faute simple - Note sous CE, 5 décembre 2005, *Département de la Dordogne - Dr Adm.*, février 2006, comm. 35.
- GLASER (E), SÉNERS (F) - Le Conseil d'État précise la notion d'« intérêt public local » - Note sous CE, 23 juin 2004, *Commune de Dunkerque, Communauté urbaine de Dunkerque* et CE, 7 juillet 2004, *Commune de Celoux* - *JCP ACT*, août 2004, comm. 1531.
- GLATT (J-M) - La « relative » distinction entre prestation *in house* et coopération intercommunale - Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne* - *LPA*, 2009, n° 151, p. 10 et s.
- GLIOZZO (T) - La notion d'organisme de droit public au sens de la directive 92/50/CEE - Note sous CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy* - *AJDA*, 2003, p. 1558 et s.
- GOFF (P) le - Responsabilité pénale des collectivités territoriales et notion d'activité délégable - Note sous Cass. crim., 6 avril 2004, *Département de l'Orne* - *AJDA*, 2005, p. 446 et s.
- GROPER (N) - La compétence de la CDBF à l'égard des élus dirigeants d'une SEM - Note sous CDBF, 13 juin 2003, *SEM Sarcelles chaleur* - *AJDA*, 2003, p. 2316 et s.
- GROPER (N), MICHAUT (C) - La gestion de fait ne se présume pas - Note sous C. comptes 4^e ch., formation plénière, 13 juin 2007, *Office du tourisme de l'Alpe d'Huez* - *AJDA*, 2007, p. 2426 et s.
- HOEPFFNER (H)
 - Application de l'exception « in house » à la coopération entre établissements de santé - Note sous CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS)* - *Dr. Adm.*, mai 2009, comm. 71.
 - L'avenir compris des partenariats public-privé institutionnalisés. À propos de l'avis de la section administrative du Conseil d'État n° 383264 du 1^{er} décembre 2009 - *Contrats et marchés publ.*, déc. 2010, étude 11.
- ISRAËL (J-J) - L'activité juridique est-elle une activité économique ? - Note sous CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* - *AJDA*, 2008, p. 911 et s.
- JANICOT (L) - L'attribution d'un marché relatif à la réalisation d'un bulletin municipal à une société d'économie mixte l'organisation d'une mise en concurrence préalable est-elle constitutive d'un délit de favoritisme ? - Note sous Cass. crim., 25 juin 2008, *M. Jean X.*, *BJCL*, 2008, p. 723 et s.
- JEANNENEY (P-A)
 - Conclusions sur CE, 2 octobre 1985, *M. Jean Jeissou et SEM du pont de Saint-Nazaire-Saint-Brévin* - *AJDA*, 1986, p. 38 et s.
 - Concessions de distribution de gaz et droit communautaire - Note sous CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Commune di Cingia de' Botti* - *AJDA*, 2005, p. 2381 et s.

JOSSE (P-L)

- Conclusions sur CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* - RDP, 1930, p. 530 et s.
- Note sous TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot* - D., 1963, p. 534 et s.

KARPENSCHIF (M)

- De l'utilité d'une association transparente - Note sous CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* c/ Armand - JCP ACT, mai 2007, comm. 2111.
- Effacement de la dette d'une SEML : « quand l'accordéon grince » - Note sous CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du bassin de Thau* - JCP ACT, janv. 2011, comm. 2038.

LABETOULLE (D) - Conclusions sur TC, 2 juillet 1984, *Préfet, commissaire de la République du Loiret* c/ Tribunal de grande instance d'Orléans - JCP G, 1984, II, 20306.

LAMBERT (C)

- Une convention d'aménagement d'un pôle de loisirs passée entre une commune et une société d'économie mixte constitue un marché public de travaux - Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux* - AJDA, 2007, p. 1124 et s.
- La Cour de Justice précise la notion de marché *in house* - Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux* ; CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* - AJDA, 2007, p. 1125 et s.

LANDAIS (C), LÉNICA (F) - L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi - Note sous CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* - AJDA, 2006, p. 1592 et s.

LANDBECK (D) - Conditions de l'application, à la suite d'une procédure collective dirigée contre une société d'économie mixte, de sanctions personnelles aux dirigeants de la société - Note sous Cass. com., 8 janvier 2002, *Moustache* c/ Mme Ravise-Bes, *ès qual. et a.* ; 8 janvier 2002, *Albenque et a. c/ Mme Ravise-Bes, ès qual. et a.* - JCP G, 2002, II 10057.

LASRY (C) - Conclusions sur TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot* - D., 1963, p. 534 et s.

LÉGER (P) - Conclusions sur CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz* - BJCP, 2001, n° 15, p. 279 et s.

LEGROS (J-P) - Note sous TC, 20 novembre 2006, *SEM Olympique d'Alès en Cévennes* - Dr. Sociétés, juin 2007, comm. 112.

LEMAIRE (F) - Le service public sans prérogatives de puissance publique - Note sous CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)* - RGCT, 2007, p. 199 et s.

LÉNICA (F)

- Habilitation par le droit communautaire à une délégation unilatérale de service public - Conclusions sur CE, 25 juillet 2008, *Fédération nationale de l'aviation marchande (FNAM)* et *Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA)* - RJEP, 2008, comm. 55.
- La candidature d'une personne publique à l'attribution d'un marché public est-elle subordonnée à l'existence d'un intérêt public ? - Conclusions sur CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne* - BJCP, 2009, p. 444 et s.

LÉNICA (F), BOUCHER (J)

- Organismes privés chargés de la gestion d'un service public et prérogative de puissance publique : fin d'une vieille controverse, nouvelles interrogations - Note sous CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (Aprei)* - AJDA, 2007, p. 793 et s.
- Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi - Note sous CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* - AJDA, 2007, p. 1020 et s.

LICHÈRE (F)

- Le renouvellement de la théorie de la transparence des personnes privées - Note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* - *Contrats Marchés publ.*, juil. 2007, étude 14.
- Marchés publics et services d'intérêt économique général - Note sous CJCE, 18 décembre 2007, *Associacion profesional de empresas de reparto y manipulado de correspondencia* - *Dr adm.*, mars 2008, comm. 34.

LIENHARD (A)

- Application des sanctions personnelles à l'égard des dirigeants de sociétés d'économie mixte - Note sous Cass. com., 8 janvier 2002, *Moustache* - *D.*, 2002, act. jur., p. 570 et s.

LINDITCH (F)

- Le « in house » finalement sauvé par la Cour de Justice des communautés européennes ? - Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, Agesp SpA* - *JCP ACT*, juin 2006, comm. 1125.
- L'évolution du droit des subventions ne menace-t-elle pas à terme les délégations de service public ? - Note sous CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand* - *JCP ACT*, mai 2007, comm. 2125.
- La loi Sapin ne s'applique pas à la gestion d'une salle de cinéma, lorsque celle-ci constitue une simple activité d'intérêt général - Note sous CE, 5 oct. 2007, *Société UGC-Ciné-Cité* - *JCP ACT*, nov. 2007, comm. 2294.
- Liberté du commerce et de l'industrie et délégation de service public - Note sous CAA Versailles, 6 novembre 2007, *Société IDF Communications* - *JCP ACT*, fév. 2008, comm. 2039.
- Caractère de droit privé d'un marché de travaux passé par une société « non transparente » détenue majoritairement par des chambres consulaires et portant sur des biens relevant de leur domaine privé - Note sous CAA Bordeaux, 19 février 2009, *Société Vigier Génie Civil Environnement* - *Contrats et Marché publ.*, mai 2009, comm. 153.
- Des règles de passation applicables aux marchés passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes - Note sous CE, 30 septembre 2009, *Société Area*, *JCP ACT*, nov. 2009, comm. 2279.

LLORENS (F)

- La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* : nouveau développement - Note sous TC, 12 novembre 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines c. Société anonyme Tunnex* - *RFDA*, 1985, p. 353 et s.
- Note sous TC, 20 février 2006, *Duval c/ Bureau d'études techniques BERIM* - *Contrats Marchés publ.*, avril 2006, comm. 10.
- Obligation et publicité des critères de choix du délégataire - Note sous CAA Lyon, 14 mai 2009, *SEM pour l'exploitation des réseaux d'eau et d'assainissement et la protection de l'environnement (SEMERAP)* - *Contrats Marchés publ.*, oct. 2009, comm. 330.

LUCAS (F-X)

- L'appréciation de la régularité du vote et la responsabilité des administrateurs relèvent du droit privé dans les sociétés d'économie mixte - Note sous TC, 3 juillet 2000, *Société européenne de stationnement et CCI c/ CNACGP* - *Rev. sociétés*, 2001, p. 350 et s.
- Action en paiement des dettes d'une société d'économie mixte exercée contre une commune - Note sous Cass. com., 8 janvier 2002, *Albenque c/ Me Ravise-Bès, ès qual.* - *Rev. sociétés*, 2003, p. 308 et s.

MAJEROWICZ (S) - L'influence prépondérante exercée par le mandataire d'une collectivité territoriale au sein d'une SEM après la loi du 6 février 1992 - Note sous TA Grenoble, 11 septembre 1995, *Préfet de la Haute-Savoie* - *JCP G*, 1996, II, 22571.

MARCIALI (S) - La soumission des marchés conclus avec des SEM aux directives communautaires « marchés publics » - Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle* - *LPA*, 2005, n° 124, p. 14 et s.

MARSON (G) - Note sous CE, 15 décembre 2008, *Société Transîles* - *CCC*, mai 2009, chronique 3.

MAUGÜÉ (C) - Peut-il y avoir un contrat « in house » entre un pouvoir adjudicateur et une société dans le capital de laquelle participe une entreprise privée ? - Observations sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle* - *BJCP*, n° 40, 2005, p. 180 et s.

MÉNÉMÉNIS (A)

- L'affermage d'un parking entre jurisprudence *Telaustria* et jurisprudence *Teckal* - Note sous CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen* - *Dr. Adm.*, n° 12, déc. 2005, comm. 167.

- L'avis Fondation Jean Moulin et la commande publique : poursuite de la réflexion - Note sous CE avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean Moulin* - *CP-ACCP*, sept. 2004, p. 65 et s.

- La dévolution unilatérale d'un service public n'est ni un marché, ni une délégation de service public - Note sous CE, 13 juillet 2007, *Commune de Rosny-sous-Bois* - *Dr. Adm.*, n° 11, nov. 2007, comm. 150.

- Le cinéma, entre APREI et Commune d'Aix-en-Provence - Note sous CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité* - *Dr. Adm.*, déc. 2007, comm. 165.

MILLETT (T)

- Quelques précisions utiles sur la réglementation des marchés « in house » - Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Cabotermo service public administratif cl Commune di Busto Arizio* - *CP-ACCP*, février 2007, p. 62 et s.

- Les sociétés d'économie mixte : entre intérêt général, service public et concurrence - Note sous CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité* - *RRJ*, 2008, p. 2317 et s.

MODERNE (F)

- Note sous C. cass, 1^{er} civ., 2 février 1972, *Société immobilière d'économie mixte de Saint-Gratien*, CE, 10 novembre 1972, *Société des grands travaux alpins, entreprise P.I.C.O. et entreprises Chagnaud et fils* et CE, 21 juillet 1972, *Société « Entreprise Ossude »* - *AJDA*, 1973, p. 47 et s.

- Les sociétés d'aménagement urbain, mandataires des collectivités locales : une clarification jurisprudentielle - Note sous CE, 13 novembre 1987, *Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos*, CE, Sect., 27 novembre 1987, *Société provençale d'équipement, Commune d'Aubagne* - *RFDA*, 1988, p. 397 et s.

- La sous-traitance des marchés publics, étendue et protection. Faut-il Moderniser les règles ? - Note sous CE, 26 septembre 2007, *Département du Gard et Société d'aménagement et d'équipement du département du Gard* - *RFDA*, 2008, p. 281 et s.

MOLLION (G) - Une collectivité territoriale peut-elle accorder une subvention à une association pour gérer un service public culturel ou doit-elle nécessairement passer une convention de délégation de service public ou un marché public de prestations de services ? - Note sous CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* - *BJCL*, 2007, n° 8, p. 558 et s.

MONDOU (C)

- Le champ d'application de la délégation de service public. À propos de la qualification d'une subvention à une association - Note sous CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* - *RGCT*, 2007, p. 209 et s.

- L'appel au service public pour régler une question de concurrence entre deux entreprises - Note sous CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité* - *RLCT*, 2008, n° 31, 880.

MOREAU (D)

- Association transparente et régime de responsabilité - Note sous CE, 5 décembre 2005, *Département de la Dordogne* - *JCP CTI*, février 2006, comm. 22.

- Les sociétés d'économie mixte entre intérêt général, service public et mise en concurrence - Note sous CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité* - *RJEP*, 2008, comm. 19.
- MOREAU (J)
 - Note sous CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence* - *JCP G*, 1994, II, 22311.
 - Les conventions communes/SEM locales d'informatique sont soumises au Code des marchés publics - Note sous CE, 30 décembre 2002, *Département des Côtes d'Armor* - *JCP ACT*, février 2003, 1186.
 - Note sous CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune Ozoir-la-Ferrière* - *JCP ACT*, juin 2004, 1419.
- NICINSKI (S)
 - La délivrance des autorisations d'occupation du domaine public et le droit de la concurrence - Note sous CA Paris, 4 décembre 2003, *Société d'équipement de Tahiti et des îles (SETIL)* - *AJDA*, 2005, p. 200 et s.
 - Note sous CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage* - *AJDA*, 2011, p. 18 et s.
 - Note sous CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du bassin de Thau* - *AJDA*, 2011, p. 19 et s.
- NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U) - Faute personnelle grave du maire et responsabilité de la commune - Note sous CE, 2 mars 2007, *Société Banque française commerciale Océan indien* - *RGCT*, 2007, p. 295 et s.
- NOGUELLOU (R)
 - À propos de la notion de pouvoir adjudicateur - Note sous CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy* - *Dr. Adm.*, août-sept. 2003, comm. 167.
 - Le *in house* devant le Conseil d'État - Note sous CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé* - *RDI*, juil. août 2009, p. 423 et s.
 - La coopération entre collectivités publiques et le droit communautaire - Note sous CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne* - *Dr. Adm.*, juillet 2009, alerte 46.
- ORSONI (G)
 - Note sous CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* - *Bull. Joly*, 2007, p. 605 et s.
 - Liberté du commerce et de l'industrie - Note sous CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage* - *RTD com.*, 2011, p. 66 et s.
- PALMIER (S), CABANES (C) - Candidature publique et privée : comment assurer une mise en concurrence « loyale » ? - Note sous CAA Douai, 9 juin 2005, *Société Compagnie générale des eaux* - *CP-ACCP*, déc. 2005, p. 71 et s.
- PASSERIEUX (R), THIN (B) - Une procédure simplifiée et unifiée pour la passation des PPP institutionnels - Note sous CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset Spa* - *RLCT*, 2010, n° 53, 1528.
- PAULIAT (H) - La passation des concessions d'aménagement ou de la difficulté de qualifier certains contrats... - Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commun de Roanne* - *Contrats Marchés publ.*, juin 2007, étude 13.
- PÉANO (D) - Les conventions publiques d'aménagement sont-elles soumises à des règles de publicité et de transparence ? - Conclusions sur CAA Bardeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis* - *BJCP*, n° 39, 2005, p. 117 et s.
- PELLISSIER (G) - Création et dévolution des services publics locaux - Note sous CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze* - *RJEP*, 2010, comm. 44.
- PELTIER (M) - Les prestations « in house » entre un pouvoir adjudicateur et une société à la poubelle ? - Note sous CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ République d'Autriche* - *LPA*, 2006, n° 14, p. 6 et s.

- PERDU (S) - Les marchés conclus par un syndicat mixte avec les communes membres de leur communauté entrent-ils dans les exceptions à la mise en concurrence ? - Conclusions sur TA Pau, 14 octobre 2008, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune d'Ilharre* et TA Pau, 14 octobre 2008, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Communauté de communes de Garazi-Baigorri*, *BJCP*, 2009, p. 32 et s.
- PERGOLA (A) la - Conclusions sur CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV - BJCP*, 1999, n° 2, p. 155 et s.
- PEZARD (A)
- L'actionnariat des sociétés mixtes locales - Note sous Cass. crim., 16 janvier 2002, *Cayol - Bull. Joly*, 2002, p. 882 et s.
 - Note sous Cass. 1^{re} civ., 8 février 2005, *Société SIVIN - Bull. Joly*, 2005, p. 993 et s.
- PIETRI (J-P) - La validation des conventions publiques d'aménagement conclues avant 2005 - Note sous CAA Nantes, 19 décembre 2007, *Josse et Commune de Chavagne* et CAA Bordeaux, 10 janvier 2008, *SARL Bébé Cristal et a. - Contrats Marchés publ.*, mars 2008, comm. 51.
- PINCEMAILLE (D) - Note sous CAA Nancy, 14 juin 2007, *SAEM Reims Champagne Congrès Expo - JCP ACT*, avril 2008, comm. 2083.
- PLESSIX (B)
- Note sous CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* ; CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand - JCP. G.*, 2007, I, 166.
 - Note sous CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour handicapés (APREI) - JCP. G.*, 2007, I, 166.
 - Note sous CE 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité - JCP. G.*, 2007, I, 214.
- PONTIER (J-M)
- De la distinction parfois difficile entre subvention et délégation de service public - Note sous CAA Marseille, 4 juillet 2005, *Armand c/ Commune d'Aix-en-Provence - AJDA*, 2006, p. 369 et s.
 - Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels - Note sous CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand - JCP ACT*, mai 2007, comm. 2128.
 - Festival, service public et délégation de service public - Note sous CAA Marseille, 17 juin 2010, *Commune de Six-Fours-les-Plages - JCP ACT*, nov. 2010, comm. 2335.
- POUYAUD (D) - Concurrence, transparence et libre administration : à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1993 - *RFDA*, 1993, p. 902 et s.
- PRÉVAULT (J) - Note sous CA Versailles, 2 juin 1986, *Ricard c/ SEMAVA - D.*, 1987, p. 86 et s.
- PROOT (P)
- Associations et services publics : les dernières avancées jurisprudentielles - Note sous CE Sect., 22 février 2007, *APREI* et CE 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence - CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 45 et s.
 - Concessions d'aménagement : la conciliation des principes de transparence et de sécurité juridique - Note sous CAA Versailles, 12 mars 2009, *Commune de Clichy-la-Garenne - JCP ACT*, mai 2009, 2119.
- RENARD-PAYEN (O)
- Un litige concernant une SEM dont l'activité ne consiste pas en une mission d'intérêt général à caractère administratif et dont les dirigeants sont des adjoints au maire désignés par le conseil municipal ressort de la compétence judiciaire - Note sous Cass. 1^{re} civ., 8 février 2005, *Ville de Nice c/ Société immobilière de la ville de Nice - JCP ACT*, mars 2005, comm. 1148.
 - Conditions d'engagement de la responsabilité d'une collectivité territoriale en cas de faute de son représentant dans une société d'économie mixte locale - Note sous Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2007, *Société d'économie mixte de Cavalaire-sur-Mer (SEMICAM) - JCP ACT*, mars 2008, comm. 2068.

- RENOUARD (L) - Comment concilier intervention publique et droit de la concurrence ? - Note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris - CP-ACCP*, oct. 2006, p. 79 et s.
- RICHER (L)
- Marchés publics et conventions de délégation de service public : conditions de validité du changement de cocontractant résultant d'une cession de contrat - Note sous CE Avis, Sect. finances, 8 décembre 2000 - *AJDA*, 2000, p. 758 et s.
 - Concession de service public - Note sous CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria - AJDA*, 2001, p. 106 et s.
 - Besoin d'intérêt général et notion d'organisme public - Note sous CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH & Bestattung Wien GmbH - CP-ACCP*, juin 2003, p. 51 et s.
- RIVET (M)
- Conclusions sur CE, 13 juillet 1933, *Lavabre - Sirey*, 1933, 3, p. 81 et s.
 - Conclusions sur CE, 4 janvier 1935, *De Lara - D.*, 1936, 3, p. 5 et s.
- ROLIN (F) - Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house* - Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle - AJDA*, 2005, p. 898 et s.
- ROMAN-SÉQUENSE (B) - Quel est le régime juridique des élus locaux administrateurs d'une société d'économie mixte locale ? - *Contrats Marchés publ.*, juin 2008, comm. 151.
- ROUAULT (M-C) - Note sous CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour handicapés (APREI) - JCP ACT*, mars 2007, comm. 2066.
- SCHWARTZ (R) - Observations sous CE, 19 novembre 2004, *Société National Westminster Bank - BJCP*, n° 39, 2005, p. 111 et s.
- SÉNERS (F) - L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public - Conclusions sur CE, Section, 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence - RFDA*, 2007, p. 812 et s.
- SERMIER (R), EPAUD (D) - Nouvel règle pour le *in house* : mettre fin au contrat en cas d'ouverture du capital de l'entreprise exécutant le marché - note sous CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa - AJDA*, 2009, p. 2226 et s.
- SESTIER (J-F) - Nouvelles considérations sur l'arrêt *Stadt Halle* et les marchés publics « *in house* » : quand la Cour de Justice ouvre la boîte de Pandore - Note sous CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle - BJCP*, n° 41, 2005, p. 258 et s.
- SOLER-COUTEAUX (P)
- Annulation de la décision de signer une concession d'aménagement - Note sous CAA Versailles, 12 mars 2009, *Commune de Clichy-la-Garenne - Contrats et Marchés publ.*, juin 2009, comm. 202.
 - La création d'un GIP est légale au regard du droit des marchés publics dès lors que ses statuts obéissent aux principes régissant la gestion intégrée - Note sous CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information et de santé (SNIIS) - Contrats Marchés publ.*, avr. 2009, comm. 120.
- SOUSI (G) - Note sous Cass. crim., 16 février 1971, *Crolle et autres - JCP G*, 1971, II, 16836.
- STIX-HACKL (C)
- Conclusions sur CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna - BJCP*, 2005, n° 40, p. 180 et s.
 - Conclusions sur CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) - BJCP*, n° 43, 2005, p. 446 et s.
- TARON (D) - L'exception « *in house* » à l'épreuve des juges du fond : premiers retours sur expérience - Note sous CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris - LPA*, 5 novembre 2009, p. 7 et s.
- TERNEYRE (P) - Pourquoi les marchés de travaux des sociétés concessionnaires d'autoroutes conclus avec des entreprises privées devraient-ils relever « par nature » de la compétence de la juridiction administrative ? - Note sous CE, 12 janvier 2011,

Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) - *RJEP*, 2011, n° 687, comm. 29.

THOMAS (V) - Régime de l'action d'une société à l'encontre d'une commune, fondée sur sa responsabilité éventuelle dans la gestion d'une société d'économie mixte - Note sous TC, 14 février 2000, *Société Imphy c/ Commune d'Ingrandes-sur-Vienne* - *JCP E*, 6 décembre 2001, p. 1961.

TROUILLY (P)

- À quelle condition la création d'une société d'économie mixte locale est-elle légale ? - Conclusions sur CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière* - *BJCL*, 2004, p. 563 et s.

- Quand une commune doit assumer la responsabilité d'un contrat passé par une association transparente - Conclusions sur CAA Paris, 20 avril 2005, *Commune de Boulogne-Billancourt* - *AJDA*, 2005, p. 1729 et s.

VÉROT (C) - L'utilité sociale sans le service public : à propos de la mission assurée par le gestionnaire privé d'un centre d'aide par le travail - Conclusions sur CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour handicapés (APREI)* - *JCP ACT*, mars 2007, comm. 2066, *RDSS*, 2007, p. 499 et s.

VITAL-DURAND (E), GAUTHIER (A) - La validation législative des concessions d'aménagement : la fin de l'incertitude - Note sous TA Versailles, 10 juin 2008, *Cts Prenez et a* - *JCP ACT*, sept. 2008, 2194.

ZIANI (S) - La quasie-régie s'apprécie *in concreto* et la transparence prime sur la libre organisation - Note sous CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris* - *LPA*, 19 octobre 2009, p. 17 et s.

ZIMMER (W)

- Les conventions publiques d'aménagement sont-elles des marchés de travaux au sens de la directive 93/37/CE « travaux » ? - Note sous TA Lyon, 7 avril 2005, *Auroux et a* - *Contrats Marchés publ.*, juil.-août 2005, comm. 183.

- La CJCE précise les conditions d'octroi de délégations de service public aux entreprises « communales » - Note sous CJCE, 21 juillet 2005, *Coname - Contrats Marchés publ.*, nov. 2005, comm. 280.

- Le mandat de délégation de maîtrise d'ouvrage prévu par la loi MOP est incompatible avec le droit communautaire - Note sous CJCE, 20 octobre 2005, *Commission c/ République française - Contrats Marchés publ.*, déc. 2005, comm. 296.

- Confirmation de la jurisprudence relative aux contrats « in house » - Note sous CJCE, 6 avril 2006, *ANAV - Contrats Marchés publ.*, mai. 2006, comm. 131.

- La Cour de Luxembourg considère qu'une convention d'aménagement peut être qualifiée de marché de travaux - Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne - Contrats Marchés publ.*, fév. 2007, comm. 38.

- Notion de pouvoir adjudicateur au sens de la directive 2004/18 - Note sous CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a. - Contrats Marchés publ.*, janv. 2008, comm. 4.

- Notion de marché public - Note sous CJCE, 18 décembre 2007, *Commission CE c/ Irlande* - *JCP ACT*, fév. 2008, comm. 30.

- Précisions concernant le « in house » et l'octroi de droits exclusifs - Note sous CJCE, 18 décembre 2007, *Asociacion profesional de empresas de reparto y manipulacion de correspondencia c/ Administracion general del Estado* - *JCP ACT*, fév. 2008, comm. 32.

- « In house » et intercommunalité - Note sous CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SPRL c/ Commune d'Uccle - Contrats Marchés publ.*, fév. 2009, comm. 34.

- Les marchés passés selon une procédure adaptée doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique - Note sous CE, 30 janvier 2009, *Agence Nationale pour l'Emploi (ANPE)* - *Contrats Marchés publ.*, avr. 2009, comm. 121.

Index des décisions

Les numéros renvoient aux paragraphes

CA

| | |
|---|---------|
| <i>Albenque, Ravise Bes (Basse Terre), 27 avril 1998</i> | 71 |
| <i>François X et Joël Y (Versailles), 22 décembre 2006</i> | 81, 350 |
| <i>Société anonyme d'exploitation de l'entreprise (SA SEE) Camille Bayol (Paris), 9 novembre 2004</i> | 339 |
| <i>Société anonyme immobilière de la Ville de Nice (Aix-en-Provence), 8 avril 2005</i> | 150 |
| <i>Société d'économie mixte de Cabourg et sa région (Caen), 24 septembre 1998</i> | 67, 68 |
| <i>Ville de Nice c/ Ezavin (Aix-en-Provence), 10 mai 2000</i> | 150 |

CAA

| | |
|--|------------------------|
| <i>Avrillier c/ Commune de Grenoble (Lyon), 26 juin 2008</i> | 165, 168 |
| <i>Chambre syndicale des agents de voyages de la région Côte d'Azur (Marseille), 10 janvier 2006</i> | 171 |
| <i>Communauté de communes du nord du Bassin de Thau c/ Préfet de la région Languedoc Roussillon, Préfet de l'Hérault (Marseille), 21 décembre 2007</i> ... | 100, 401 |
| <i>Communauté intercommunale des villes solidaires (Bordeaux), 27 avril 2004</i> ... | 147, 165, 167 |
| <i>Commune d'Ozoir-la-Ferrière (Paris), 11 mai 2004</i> | 98, 150, 290, 385, 396 |
| <i>Commune de Six-Fours-les-Plages, 17 juin 2010</i> | 383 |
| <i>Département de l'Hérault (Bordeaux), 17 mars 1997</i> | 115, 281 |
| <i>Département de la Seine-Saint-Denis (Paris), 23 novembre 2004</i> | 339 |
| <i>Département des Hauts-de-Seine (Paris), 22 mars 2001</i> | 105 |
| <i>Galand (Nancy), 26 janvier 2006</i> | 249 |
| <i>Josse c/ Commune de Chevagnes (Nantes), 19 décembre 2007</i> | 284, 391 |
| <i>M. Bordeaux (Bordeaux), 29 octobre 2002</i> | 100 |
| <i>Mlle Anne X. (Nancy) 2 décembre 2004</i> | 324 |
| <i>Pierre X (Lyon), 25 novembre 2008</i> | 78 |
| <i>Préfet de la Seine-Saint-Denis (Paris), 6 avril 1999</i> | 105 |
| <i>Préfet des Côtes d'Armor c/ Société d'économie mixte et de gestion des Côtes d'Armor (Nantes), 8 décembre 1999</i> | 281 |
| <i>Préfet du Var c/ OPAC Var Habitat (Marseille), 12 février 2007</i> | 92, 94, 205, 318 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte Reims champagne congrès expo (Nancy), 14 juin 2007</i> | 155, 158, 160, 171 |
| <i>Société d'économie mixte Queyras (Marseille), 29 mars 2010</i> | 261 |
| <i>Société Transiles c/ Province des îles Loyautés (Paris), 15 décembre 2008</i> | 157 |
| <i>Sodegis (Bordeaux), 9 novembre 2004</i> | 284 |
| <i>Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne (Bordeaux), 5 juillet 2005</i> | 142 |
| <i>Ville de Paris (Paris), 30 juin 2009</i> | 292, 306, 386 |

Cass

| | |
|---|-----------------|
| <i>Albenque c/ Me Ravise-Bès, ès qual., 8 janvier 2002 (com.)</i> | 68, 71, 149 |
| <i>André X. et Alain Y., 14 novembre 2007 (crim.)</i> | 78 |
| <i>Association pour la Gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt, 11 février 2003 (com.)</i> | 72 |
| <i>Commune de Carla Bayle c/ FRTP de Midi-Pyrénées, 7 mars 2006 (com.)</i> | 71, 215 |
| <i>Commune de Fort-de-France, 9 décembre 2008 (crim.)</i> | 75 |
| <i>Commune de Saint-Maur-des-Fossès, 3 avril 2002 (crim.)</i> | 75 |
| <i>Commune de Villeparisis, 9 janvier 1996 (com.)</i> | 71 |
| <i>Crolle, Guitton et Robert, 16 février 1971 (crim.)</i> | 73, 76, 78 |
| <i>D.L\$4ourec, 2 juin 1999 (crim.)</i> | 78, 81 |
| <i>Département de l'Orne, 6 avril 2004 (crim.)</i> | 75 |
| <i>Gibert c/ Ouizille es qual., 19 décembre 2006 (com.)</i> | 68 |
| <i>Guy N., 8 juin 1999 (crim.)</i> | 81 |
| <i>Jacques José X, 22 février 2006 (crim.)</i> | 78 |
| <i>Jacques X. et François Y., 28 mai 2003 (crim.)</i> | 78 |
| <i>Janine X, Yves Y, Jean-Luc Z, Christian A., 22 octobre 2008 (crim.)</i> | 83 |
| <i>Lebas, Société d'urbanisation, d'aménagement, d'équipement et de construction de la ville de Jeumont et de l'arrondissement d'Avesnes, 25 juin 1991 (com.)</i> | 63, 64, 85, 264 |
| <i>Levray Jean et Robert Ellen, 16 décembre 1975 (crim.)</i> | 78, 81 |
| <i>M. Louis X Pierre Y et Éliane Z., 17 novembre 2004 (crim.)</i> | 78, 259 |
| <i>M. Lourec, 4 avril 2001 (crim.)</i> | 57 |
| <i>M. Reverbel, M. Roderon et Société d'aménagement touristique de l'Alpe d'Huez, 9 novembre 1999 (crim.)</i> | 78 |
| <i>Michel X, Claude Y, Gérard Y, Marc A, Charles B, 5 novembre 2003 (crim.)</i> | 80 |
| <i>MM.P\$4aul M. et Jean G., 25 juin 2008 (crim.)</i> | 80, 238, 259 |
| <i>Moustache, 8 janvier 2002 (com.)</i> | 66, 68 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte Abattage de Tahiti, 3 mai 2007 (soc.)</i> | 151 |
| <i>Société d'économie mixte de Cavalaire-sur-Mer, 28 novembre 2007 (1^{re} civ.)</i> | 67, 68 |
| <i>Société d'équipement de l'Auvergne, 30 janvier 2001 (com.)</i> | 59 |
| <i>Société Guerre, 27 avril 1977 (2^e civ.)</i> | 67 |
| <i>Société Léon Grosse c/ Société d'économie mixte Côte d'Or d'aménagement, 2 juin 2004 (com.)</i> | 246 |
| <i>Société Norexpo, 28 mai 1996 (com.)</i> | 240 |
| <i>Société Pollet c/ Société d'économie mixte La Madeleine, 9 janvier 2007 (1^{re} civ.)</i> | 420, 422 |
| <i>Société Vinci Park, 5 septembre 2007 (crim.)</i> | 258 |
| <i>Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de Velines c/ Lourec, 26 octobre 1999 (com.)</i> | 217 |
| <i>Syndicat intercommunal des abattoirs de Cerdagne-Capcir, 23 mai 2000 (crim.)</i> | 75 |
| <i>Véronique R. et autres, 12 décembre 2000 (crim.)</i> | 75 |
| <i>Ville de Nice c/ Société immobilière de la ville de Nice, 8 février 2005 (1^{re} civ.)</i> | 72, 151, 160 |

CC

| | |
|---|------------------------|
| <i>Loi relative à la démocratisation du secteur public, 19-20 juillet 1983</i> | 63 |
| <i>Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, 20 janvier 1993</i> | 35, 104, 280, 303, 372 |

| | |
|--|-----|
| <i>Loi relative à la protection sociale des salariés, 30 août 1994</i> | 369 |
| <i>Loi relative au secteur de l'énergie, 30 novembre 2006</i> | 369 |

CDBF

| | |
|--|---------------|
| <i>Lebas, SEMVIJA, 16 juin 1987</i> | 63, 85, 264 |
| <i>M. X., M. Y et SEM A., 23 février 1994</i> | 85, 86 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La Villette, De Grailly, 19 juillet 1974</i> | 85 |
| <i>Société d'économie mixte Sarcelles chaleur, 13 juin 2003</i> | 85, 259 |
| <i>Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris, 25 novembre 2010</i> | 259, 394, 417 |

CE

| | |
|--|-----------------------------------|
| <i>Association du personnel relevant des établissements pour handicapés, 22 février 2007</i> | 381 |
| <i>Association Renaissance d'Uzès, 26 février 1982</i> | 82 |
| <i>Caisse primaire Aide et Protection, 13 mai 1938</i> | 381 |
| <i>CAMIF, 27 juillet 2001</i> | 292, 294, 297, 301, 386 |
| <i>Casanova, 29 mars 1901</i> | 15, 153, 183 |
| <i>Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, 30 mai 1930</i> | 19, 103, 152, 153 |
| <i>Chouard, 22 novembre 1935</i> | 154 |
| <i>Comité central d'entreprise de la S.F.E.N.A, 22 décembre 1982</i> | 25, 32, 101, 181 |
| <i>Communauté d'agglomération du Grand Toulouse, 11 mars 2011</i> | 284 |
| <i>Communauté de communes du nord du bassin de Thau, 10 novembre 2010</i> | 100, 105, 109 |
| <i>Commune d'Aix-en-Provence cl Armand, 6 avril 2007</i> | 157, 292, 306, 324, 325, 384, 385 |
| <i>Commune de Boulogne-Billancourt, 21 mars 2007</i> | 324, 325, 420, 423, 425 |
| <i>Commune de Clairvaux-d'Aveyron et autres, 23 décembre 1994</i> | 148, 154 |
| <i>Commune de Fougerolles, 3 novembre 1997</i> | 116 |
| <i>Commune de Grimaud, 4 août 2006</i> | 324 |
| <i>Commune de La Ciotat, 8 février 1999</i> | 259 |
| <i>Commune de Menton, 1^{er} avril 1994</i> | 75 |
| <i>Commune de Mer, 25 novembre 2009</i> | 116 |
| <i>Commune de Romilly-sur-Seine, 15 mars 2000</i> | 102, 105 |
| <i>Commune de Saint-Vallier, 16 octobre 1970</i> | 174 |
| <i>Commune de Villenave-d'Ornon, 6 novembre 1995</i> | 105 |
| <i>Commune de Vivonne, 10 août 1917</i> | 174 |
| <i>Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, 30 mars 1916</i> | 16, 239 |
| <i>Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, 16 octobre 2000</i> | 369 |
| <i>Crédit industriel et commercial, 9 octobre 1989</i> | 236 |
| <i>De Grailly, 9 décembre 1977</i> | 85 |
| <i>De Lara, 4 janvier 1935</i> | 154 |
| <i>Département de la Corrèze, 31 mars 2010</i> | 157 |
| <i>Département de la Dordogne, 5 décembre 2005</i> | 324, 425 |
| <i>Département de la Seine-Saint-Denis, 20 mars 1998</i> | 105 |
| <i>Département des Côtes d'Armor, 30 décembre 2002</i> | 281 |
| <i>Duvignères, 18 décembre 2002</i> | 119 |
| <i>Élections d'Orcières-Merlette, 31 juillet 1996</i> | 52 |
| <i>Élections de Saint-Christophe-sur-Guiers, 13 mai 1996</i> | 219 |
| <i>Élections municipales d'Arache La Frasse, 16 octobre 1996</i> | 53, 219 |
| <i>Élections municipales d'Huez, 23 juin 1978</i> | 218 |

| | |
|---|--------------------|
| <i>Élections municipales de Gérardmer, 18 décembre 1996</i> | 53, 54, 222 |
| <i>Élections municipales de l'Alpe d'Huez, 11 mars 2009</i> | 220, 223 |
| <i>Élections municipales de La Roche-sur-Yon, 8 janvier 1992</i> | 218 |
| <i>Élections municipales de Lannemezan, 26 juillet 1996</i> | 53, 219, 220 |
| <i>Élections municipales de Lorraine, 4 novembre 1996</i> | 52 |
| <i>Élections municipales de Montbarrey, 2 mai 1973</i> | 52 |
| <i>Élections municipales de Nice, 12 février 1990</i> | 52 |
| <i>Élections municipales de Nogent-sur-Marne, 10 juillet 2009</i> | 54 |
| <i>Élections municipales de Thonon-les-Bains, 29 juillet 2002</i> | 55 |
| <i>Élections municipales de Vélizy-Villacoublay, 21 février 1990</i> | 52, 53, 218 |
| <i>Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres, 9 juillet 2003</i> | 292, 295 |
| <i>Groupement foncier agricole des Cinq-Ponts, 22 mars 1978</i> | 82 |
| <i>Heyriès, 28 juin 1918</i> | 15 |
| <i>Institution Notre-Dame du Kreisker, 29 janvier 1954</i> | 119 |
| <i>Lavabre, 13 juillet 1933</i> | 153 |
| <i>Michel, 22 décembre 1967</i> | 52 |
| <i>Office public d'aménagement et de construction du Rhône, 3 juin 2009</i> | 415 |
| <i>Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, Union nationale des services publics industriels et commerciaux, 5 mars 2003</i> | 282 |
| <i>Ordre des avocats au barreau de Paris, 31 mai 2006</i> | 153, 156, 373 |
| <i>Preel, 8 janvier 1992</i> | 53 |
| <i>Préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle cl Commune d'Amnéville, 10 octobre 1994</i> | 28, 148 |
| <i>Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence cl Commune d'Allos, 17 janvier 1994</i> | 98, 104 |
| <i>Province des îles Loyautés, 20 octobre 2010</i> | 157 |
| <i>Raynaud, 11 juin 1926</i> | 148 |
| <i>Schwartz, 24 novembre 1978</i> | 181 |
| <i>Sieur Narcy, 28 juin 1963</i> | 381 |
| <i>Société anonyme Boussac Saint-Frères, 10 mai 1985</i> | 148 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte nationale Bibracte, 17 juin 2009</i> | 420, 421, 422, 425 |
| <i>Société Borg Warner, 28 janvier 1998</i> | 369 |
| <i>Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène environnement, 10 novembre 2010</i> | 298, 306, 386 |
| <i>Société d'économie mixte de la ville d'Aix-en-Provence, 30 juin 1976</i> | 422 |
| <i>Société d'économie mixte de sécurité active et de télématique, 20 mars 1998</i> | 150 |
| <i>Société d'économie mixte intercommunale des pays de France et de l'Aulnoye, 21 juin 1999</i> | 105 |
| <i>Société d'équipement de la région montpelliéraine, 30 mai 1975</i> | 421, 422 |
| <i>Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France, 12 janvier 2011</i> | 421 |
| <i>Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France, 6 juillet 1994</i> | 151 |
| <i>Société des autoroutes du Sud de la France, 1^{er} avril 2009</i> | 412 |
| <i>Société des Eaux et du Gaz de Courtenay, 27 février 1935</i> | 249 |
| <i>Société des établissements thermaux d'Ussat-les-Bains, 20 mars 1957</i> | 249 |
| <i>Société Jean-Louis Bernard Consultants, 8 novembre 2000 (Avis)</i> | 369, 373, 414 |
| <i>Société Nord Océan Poirsos et Cie, 19 juillet 1977</i> | 422 |
| <i>Société UGC-Ciné-Cité, 5 octobre 2007</i> | 149, 372, 381, 383 |
| <i>Société Ville nouvelle Est, 28 mai 1971</i> | 169 |

| | |
|--|---------------|
| <i>Syndicat des personnels des industries électriques et gazières de Grenoble - CFDT, 28 juin 1989</i> | 96, 192 |
| <i>Syndicat national des agences de voyages, 5 juillet 2010</i> | 158, 161, 171 |
| <i>Syndicat national des industries d'information et de santé, 4 mars 2009</i> | 298, 306, 386 |
| <i>Union des transports publics urbains et régionaux, 2 février 1983</i> | 369 |
| <i>Union nationale des services publics industriels et commerciaux (Unspic) et autres, 28 avril 2003</i> | 295 |
| <i>Varenne, 24 mai 1968</i> | 60 |
| <i>Ville de Castelnaudary, 17 juin 1932</i> | 75 |
| <i>Ville de Saint-Denis, 16 janvier 1995</i> | 105 |
| <i>Zénard, 24 novembre 1933</i> | 153 |

CE Avis

| | |
|---|---------------|
| <i>7 juillet 1994, (Sect. travaux publics)</i> | 160 |
| <i>10 novembre 1993, (Sect. intérieur)</i> | 192 |
| <i>16 mai 2002, (Ass. générale)</i> | 393, 396 |
| <i>19 décembre 1995, (Sect. intérieur)</i> | 142, 176 |
| <i>1^{er} août 1995, (Sect. sociale)</i> | 204 |
| <i>1^{er} décembre 2009, (Sect. administration)</i> | 335, 336, 337 |
| <i>7 juillet 1994, (Sect. travaux publics)</i> | 161 |
| <i>8 juin 2000, (Sect. finances)</i> | 244 |

CJCE

| | |
|---|--|
| <i>Acoset SpA, 15 octobre 2009</i> | 210, 307, 327, 331, 334, 335 |
| <i>Adolf Truley GmbH & Bestattung Wien GmbH, 27 février 2003</i> | 398, 399 |
| <i>Agorà et Excelsior, 10 mai 2001</i> | 394, 398 |
| <i>Allemagne c/ Commission, 19 septembre 2000</i> | 125 |
| <i>Altmark Trans GmbH, 24 juillet 2003</i> | 122 |
| <i>ARGE Gewässerschutz, 7 décembre 2000</i> | 360 |
| <i>Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, 22 mai 2003</i> | 393, 398, 399, 400, 402 |
| <i>Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), 19 avril 2007</i> | 297, 309, 322, 359, 360, 362, 363, 406 |
| <i>Asociacion profesional de empresas de reparto y manipulado de correspondencia c/ Administración general del Estado, 18 décembre 2007</i> | 301 |
| <i>Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV), 6 avril 2006</i> | 297, 298, 302, 309, 360 |
| <i>Bayerischer Rundfunk e.a., 13 décembre 2007</i> | 395, 396 |
| <i>BFI holding BV, 10 novembre 1998</i> | 292, 394, 397, 399, 416 |
| <i>Carbotermo SpA, 11 mai 2006</i> | 295, 300, 321, 322, 360, 361 |
| <i>Coditel Brabant SPRL, 13 novembre 2008</i> | 187, 293, 298, 363, 406 |
| <i>Commission c/ Allemagne, 9 juin 2009</i> | 365, 367 |
| <i>Commission c/ Autriche, 10 novembre 2005</i> | 298, 360 |
| <i>Commission c/ Département du Loiret, 11 décembre 2008</i> | 129 |
| <i>Commission c/ France, 11 novembre 1987</i> | 122, 128 |
| <i>Commission c/ France, 1^{er} février 2001</i> | 393 |
| <i>Commission c/ France, 20 octobre 2005</i> | 282 |
| <i>Commission c/ France, 5 octobre 2006</i> | 129 |
| <i>Commission c/ Irlande, 18 décembre 2007</i> | 290 |
| <i>Commission c/ Italie, 17 juillet 2008</i> | 299 |

| | |
|---|---|
| <i>Commission c/ Scott SA, 2 septembre 2010</i> | 129, 131 |
| <i>Consortio Aziende Metano (Coname), 21 juillet 2005</i> | 302, 360 |
| <i>Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria, 11 juillet 2006</i> | 290 |
| <i>Fédération française des sociétés d'assurance, 16 novembre 1995</i> | 409 |
| <i>Firma Ambulanz Glöckneri, 25 octobre 2001</i> | 290 |
| <i>France c/ Commission, 16 mai 2002</i> | 128 |
| <i>Gebroeders Beentjes BV, 20 septembre 1988</i> | 395, 412 |
| <i>Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH, 10 avril 2008</i> | 395 |
| <i>Italie c/ Commission, 21 mars 1991</i> | 125 |
| <i>Jean Auroux c/ Commune de Roanne, 18 janvier 2007</i> | 284, 296, 302, 360, 418 |
| <i>Klauss Höfner et Fritz Elser, 27 avril 1991</i> | 122, 290, 291, 352, 408 |
| <i>Manessmann Anlagenbau Austria AG e.a., 15 janvier 1998</i> | 395, 397, 416, 417 |
| <i>Parking Brixen, 13 octobre 2005</i> | 295, 302, 321, 322, 360, 362 |
| <i>Philip Morris c/ Commission, 17 septembre 1980</i> | 122 |
| <i>Poucet et Pistre, 17 février 1993</i> | 290, 385, 409 |
| <i>RFA c/ Commission, 14 octobre 1987</i> | 122 |
| <i>SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol, 19 janvier 1994</i> | 385 |
| <i>Scott SA c/ Commission, 6 octobre 2005</i> | 132 |
| <i>SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission et Eurocontrol, 26 mars 2009</i> | 385 |
| <i>Stadt Halle RPL, 11 janvier 2005</i> | 35, 293, 295, 309, 354, 360 |
| <i>Steineke et Weinlig c/ RFA, 22 mars 1977</i> | 128 |
| <i>Teckal SRL, 18 novembre 1999</i> | 186, 292, 293, 300, 302, 307, 351, 359, 370, 385, 395 |
| <i>Telaustria Verlags GmbH Telefonadress, 7 décembre 2000</i> | 277, 284, 290, 302, 329 |
| <i>The University of Cambridge, 3 octobre 2000</i> | 395 |
| <i>Universale Bau AG, 12 décembre 2002</i> | 397, 398 |
| <i>Van der Kooy, 2 février 1988</i> | 131 |
| <i>Xunta de Galicia, 21 juillet 2005</i> | 122 |

Cons. conc.

| | |
|---|-----|
| <i>Marchés passés pour la rénovation du centre hospitalier de Narbonne, 12 mars 2002</i> | 339 |
| <i>Pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentané d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, 2 juin 2009</i> | 339 |
| <i>Relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, 28 juillet 2006</i> | 340 |

Cour des comptes

| | |
|---|---------------|
| <i>Intervention des sociétés d'économie mixte et associations, 1975</i> | 21, 263, 264 |
| <i>L'équipement touristique, 1959</i> | 263, 264 |
| <i>L'intercommunalité en France (Rapport public particulier), 2005</i> | 175, 177, 263 |
| <i>La commune d'Amnéville (Moselle), 2005</i> | 263 |
| <i>La commune de Clichy-sous-Bois (Seine-Saint-Denis) et la société d'économie mixte immobilière du Nord-Est parisien, 1996</i> | 264 |
| <i>La commune du Cendre (Puy-de-Dôme) et la société d'économie mixte locale du Val d'Allier, 1995</i> | 264 |
| <i>La commune et la société d'économie mixte de construction et de logement de Joigny, 1979</i> | 264 |
| <i>La gestion des services publics d'eau et d'assainissement, 2003</i> | 263 |
| <i>La gestion du domaine skiable en Rhône-Alpes, 2011</i> | 264 |

| | |
|--|----------------------------|
| <i>La gestion du festival de musique et d'art lyrique d'Aix-en-Provence, 1996</i> | 195 |
| <i>La gestion par une collectivité publique de la ligne de transport maritime Dieppe-Newhaven, 2009</i> | 149, 188 |
| <i>La société anonyme d'économie mixte sportive Limoge Cercle Saint-Pierre Basket-Ball, 1999</i> | 263 |
| <i>La société d'économie mixte La Porvendraise à Port-Vendres (Pyrénées- Orientales), 1996</i> | 263 |
| <i>La Société d'urbanisation, d'aménagement, d'équipement et de construction de la ville de Jeumont et de l'arrondissement d'Avesnes, 1983</i> | 263, 264 |
| <i>Le parc du Futuroscope (Vienne), 2007</i> | 263 |
| <i>Le recours par certaines communes d'Île-de-France aux sociétés d'économie mixte, 1993</i> | 212 |
| <i>Le service public communal de la restauration collective en Provence-Alpes- Côte d'Azur, 2003</i> | 264 |
| <i>Le service public de chauffage urbain de la Ville de Paris, 2009</i> | 264 |
| <i>Les collectivités territoriales et la gestion des déchets ménagers, 2002</i> | 264 |
| <i>Les collectivités territoriales et les clubs sportifs professionnels (Rapport public thématique), 2010</i> | 27 |
| <i>Les évolutions du pilotage et du contrôle de la gestion des collectivités locales, 2009</i> . | 230 |
| <i>Les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises (Rapport public particulier), 1996</i> | 129 |
| <i>Les sociétés d'économie mixte de la commune du Barcarès (Pyrénées- Orientales), 2010</i> | 80, 84, 162, 209, 225, 265 |
| <i>Les sociétés d'économie mixte locales d'aménagement en Île-de-France, 1995</i> | 212 |
| <i>Les sociétés d'économie mixte locales de construction, d'aménagement et de restauration, 1980</i> | 264 |
| <i>Les sociétés d'économie mixte locales et les conséquences de leur gestion sur les finances des collectivités concédantes, 1984</i> | 21 |
| <i>Les transports publics urbains (Rapport public particulier), 2005</i> | 263 |
| <i>Opérations d'urbanisme et d'équipement. Société d'économie mixte, 1969</i> | 264 |
| <i>Opérations de construction et d'aménagement ; intervention de sociétés d'économie mixte : zone d'aménagement et de rénovation urbaine ; aménagement régionaux, 1973</i> | 264 |
| <i>Sociétés d'économie mixte des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, 1964</i> | 17, 264 |
| <i>Sociétés d'économie mixte locales d'aménagement et de construction, 1990</i> | 212, 215 |
| <i>Sociétés d'économie mixte locales, 1962</i> | 20, 264 |
| <i>Stations de sports d'hiver en Provence-Alpes-Côte d'Azur (Rapport public annuel), 2002</i> | 261, 264 |
| <i>Trois aménagements à vocation culturelle et de loisirs, 2007</i> | 194, 195 |
| <i>Une opération de coopération décentralisée : la relance de la ligne maritime Dieppe-Newhaven, 2002</i> | 148, 188 |
| <i>Ville de Paris. Les sociétés d'économie mixte, 1962</i> | 20, 263, 264 |

CRC

| | |
|---|-----|
| <i>Association Levallois Sporting Club Basket (Île-de-France), 17 août 2003</i> | 162 |
| <i>Centre hospitalier de Carpentras (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 1^{er} septembre 2004</i> | 179 |
| <i>Centre hospitalier de Romilly-sur-Seine (Champagne-Ardenne), 15 juin 2005</i> | 179 |
| <i>Centre hospitalier régional universitaire de Rouen (Haute-Normandie), 9 août 2002</i> | 179 |
| <i>Communauté d'agglomération de Châlons-en-Champagne (Champagne- Ardenne), 27 juillet 2000</i> | 175 |

| | |
|--|------------------------|
| <i>Communauté d'Agglomération de Metz Métropole (Lorraine), 30 décembre 2009 ...</i> | 118 |
| <i>Communauté de communes des hauts de Dronne (Aquitaine), 7 septembre 2010 (Avis)</i> | 294, 388 |
| <i>Communauté de communes du Pays de Pont-à-Mousson (Lorraine), 10 juillet 2009</i> | 241 |
| <i>Communauté urbaine de Bordeaux (Aquitaine), 22 septembre 2009</i> | 239, 337, 377 |
| <i>Commune d'Aix-en-Provence (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 30 octobre 2000 ..</i> | 386, 387 |
| <i>Commune d'Alfortville (Île-de-France), 14 août 2008.....</i> | 262 |
| <i>Commune d'Allevard (Rhône-Alpes), 19 juin 2009</i> | 106 |
| <i>Commune d'Allevard (Rhône-Alpes), 26 novembre 2010.....</i> | 106, 233 |
| <i>Commune d'Allevard (Rhône-Alpes), 6 octobre 2000.....</i> | 106 |
| <i>Commune d'Ax-les-Thermes (Midi-Pyrénées), 4 septembre 2006</i> | 261 |
| <i>Commune d'Hénin-Beaumont (Nord-Pas-de-Calais), 4 septembre 2009.....</i> | 96 |
| <i>Commune de Beaune (Bourgogne), 2 février 2010</i> | 260 |
| <i>Commune de Bègles (Aquitaine), 7 décembre 2009</i> | 116 |
| <i>Commune de Bischheim (Alsace), 9 juin 2010</i> | 298 |
| <i>Commune de Carmaux (Midi-Pyrénées), 8 janvier 2010</i> | 96, 206, 210, 298, 375 |
| <i>Commune de Créteil (Île-de-France), 7 mai 2007.....</i> | 261 |
| <i>Commune de Cugnaux (Midi-Pyrénées), 11 mai 2009.....</i> | 355 |
| <i>Commune de Fontaine (Rhône-Alpes), 21 janvier 2009.....</i> | 260, 376 |
| <i>Commune de Guingamp (Bretagne), 22 juin 2009.....</i> | 80 |
| <i>Commune de La Courneuve (Île-de-France), 21 janvier 2005</i> | 115 |
| <i>Commune de Laon (Picardie), 22 décembre 2008.....</i> | 262 |
| <i>Commune de Levallois-Perret (Île-de-France), 19 mars 2009.....</i> | 162, 167, 169, 260 |
| <i>Commune de Martigues (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 22 mars 2004.....</i> | 162 |
| <i>Commune de Nanterre (Île-de-France), 4 mai 2009.....</i> | 115, 230 |
| <i>Commune de Pantin (Île-de-France), 14 janvier 2010.....</i> | 106 |
| <i>Commune de Sainte-Maxime (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 26 novembre 2009.....</i> | 111 |
| <i>Commune de Saint-Orens-de-Gameville (Midi-Pyrénées), 19 juin 2009</i> | 298 |
| <i>Commune de Saint-Tropez (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 5 février 2009</i> | 298 |
| <i>Commune de Sète (Languedoc-Roussillon), 7 décembre 2009.....</i> | 112, 401 |
| <i>Commune du Barcarès (Languedoc-Roussillon), 31 décembre 2004.....</i> | 162, 209, 265 |
| <i>Commune du Mont-Dore (Auvergne), 15 mai 2003</i> | 262 |
| <i>Compagnie des transports strasbourgeois (Alsace), 14 septembre 2004.....</i> | 17, 149, 201 |
| <i>Compagnie intercommunale de chauffage de l'agglomération grenobloise (Rhône-Alpes), 21 septembre 2009</i> | 149 |
| <i>Département de l'Essonne (Île-de-France), 15 décembre 2009</i> | 106 |
| <i>Département de la Seine-Maritime (Haute-Normandie), 13 décembre 2002</i> | 188, 265 |
| <i>Département de la Seine-Maritime (Haute-Normandie), 18 novembre 2009</i> | 188 |
| <i>Département de la Vienne (Poitou-Charentes), 13 mai 2002.....</i> | 194, 195 |
| <i>Département de la Vienne (Poitou-Charentes), 15 décembre 2006</i> | 194, 195 |
| <i>District du Queyras (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 7 janvier 2000.....</i> | 261 |
| <i>Gaz de Barr (Alsace), 20 août 2010</i> | 28 |
| <i>Gaz de Bordeaux (Aquitaine), 7 mai 2004.....</i> | 149 |
| <i>Gestion du stationnement et relations avec la Société anonyme d'économie mixte d'exploitation du stationnement de la Ville de Paris (Île-de-France), 22 septembre 2006.....</i> | 261, 401 |
| <i>Organismes de gestion du festival de musique et d'art lyrique d'Aix-en- Provence (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 15 octobre 1995</i> | 195, 386, 387 |

| | |
|--|------------------------|
| <i>Régie autonome d'exploitation touristique de Puyvalador-Rieutort (Languedoc-Roussillon), 30 juillet 2010 (Avis)</i> | 306 |
| <i>Régie communautaire des parcs de stationnement (Aquitaine), 22 mai 2008</i> | 377 |
| <i>Régie des transports poitevins VITALIS (Poitou-Charentes), 4 mai 2009</i> | 376 |
| <i>Régie municipale pour le stationnement de Saint-Raphaël (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 20 mars 2009</i> | 306 |
| <i>Régies d'Aire-Sur-Adour (Aquitaine), 18 avril 2008</i> | 172 |
| <i>Région Languedoc-Roussillon (Languedoc-Roussillon) 17 octobre 2010</i> | 298 |
| <i>Région Nord-Pas-de-Calais (Nord-Pas-de-Calais), 6 août 2009</i> | 185 |
| <i>Relations entre la Ville de Paris et la Société anonyme d'exploitation du Palais omnisport de Paris-Bercy (Île-de-France), 28 novembre 2006</i> | 262 |
| <i>Société à responsabilité limitée (SARL) SCRIM Île-de-France à Levallois-Perret (Île-de-France), 9 mars 2010</i> | 162, 168 |
| <i>Société Air Calédonie (Nouvelle-Calédonie), 19 novembre 2009</i> | 149 |
| <i>Société alfortvillaise de gestion du chauffage urbain (Île-de-France), 14 août 2008</i> | 238, 262 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte d'aménagement de la Nièvre (Bourgogne), 19 décembre 2002</i> | 206, 216, 288 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte d'exploitation du stationnement de la Ville de Paris (Île-de-France), 22 septembre 2006</i> | 197, 261 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte de construction immobilière de Bègles (Aquitaine), 4 février 2010</i> | 116, 221, 261 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte des pompes funèbres (Île-de-France), 24 février 2006</i> | 149 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard (Rhône-Alpes), 26 novembre 2010</i> | 58, 106, 221, 230, 233 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte du domaine thermal d'Allevard (Rhône-Alpes), 3 juillet 2009</i> | 106, 149, 233 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte locale de Royat-Chamalières Tourisme (Auvergne), 18 octobre 2007</i> | 118, 253, 378 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte Loire et Nohain (Bourgogne), 10 novembre 2006</i> | 177 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte pour la gestion de la géothermie et des réseaux de Maisons-Alfort (Île-de-France), 26 octobre 2007</i> | 238 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte Sparna Distri Énergie (Champagne-Ardenne), 30 septembre 2003</i> | 350, 375, 423 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte sportive du circuit de Nevers-Magny-Cours (Bourgogne), 23 décembre 2004</i> | 97, 112 |
| <i>Société anonyme d'économie mixte T2C (Auvergne), 31 mars 2010</i> | 325, 376 |
| <i>Société anonyme d'équipement du littoral de Thau (Languedoc-Roussillon), 31 janvier 2007</i> | 177, 258 |
| <i>Société anonyme d'exploitation du Palais omnisport de Paris-Bercy (Île-de-France), 28 novembre 2006</i> | 262, 376 |
| <i>Société anonyme du téléphérique du Mont-Dore (Auvergne), 7 mai 2003</i> | 262 |
| <i>Société anonyme immobilière d'économie mixte de Meaux (Île-de-France), 8 novembre 2006</i> | 202 |
| <i>Société anonyme immobilière d'économie mixte de Meaux (Île-de-France), 8 novembre 2006</i> | 199 |
| <i>Société anonyme immobilière de la ville de Créteil (Île-de-France), 15 juin 2007</i> | 262 |
| <i>Société anonyme Martigues Communication (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 4 mai 2007 (Avis)</i> | 162, 238 |

| | |
|---|------------------------------|
| <i>Société anonyme Nausicaa Développement (Nord-Pas-de-Calais), 27 avril 2005</i> | 168, 258 |
| <i>Société Assainissement des Eaux (Polynésie française), 31 janvier 2011</i> | 350, 375 |
| <i>Société caennaise de développement immobilier (Basse-Normandie), 31 janvier 2005</i> | 325 |
| <i>Société d'aménagement de la Métropole Ouest Atlantique (Loire), 15 février 2010</i> | 394 |
| <i>Société d'aménagement des Gets (Rhône-Alpes), 17 juillet 2009</i> | 198 |
| <i>Société d'aménagement touristique de l'Alpe d'Huez et des Grandes Rousses (Rhône-Alpes), 30 août 2004</i> | 364 |
| <i>Société d'économie mixte 12 (Midi-Pyrénées), 12 juin 2003</i> | 93 |
| <i>Société d'économie mixte 36 (Centre), 20 octobre 2006</i> | 178, 198, 206 |
| <i>Société d'économie mixte 81 (Midi-Pyrénées), 8 juin 2004</i> | 288 |
| <i>Société d'économie mixte Adévia (Ex Artois Développement) (Nord-Pas-de-Calais), 29 mars 2010</i> | 221 |
| <i>Société d'économie mixte Adévia (Nord-Pas-de-Calais), 10 février 2011</i> | 58 |
| <i>Société d'économie mixte Air 12 (Midi-Pyrénées), 28 septembre 2007</i> | 280 |
| <i>Société d'économie mixte Annéville Galaxie (Lorraine), 25 mai 2005</i> | 112 |
| <i>Société d'économie mixte balnéaire de Saint-Gilles (La Réunion), 8 novembre 2002</i> | 230 |
| <i>Société d'économie mixte Beaune Congrès (Bourgogne), 2 février 2010</i> | 211 |
| <i>Société d'économie mixte cannoise d'aménagement et de développement (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 19 novembre 2003</i> | 197, 253 |
| <i>Société d'économie mixte cannoise d'aménagement et de développement (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 22 avril 1999 (Avis)</i> | 253 |
| <i>Société d'économie mixte Centre d'étude et de valorisation des algues (Bretagne), 19 août 2008</i> | 149 |
| <i>Société d'économie mixte Cité des insectes (Midi-Pyrénées), 24 janvier 2003</i> | 118, 237 |
| <i>Société d'économie mixte Courbevoie Danton (Île-de-France), 25 mars 2009</i> | 381, 394 |
| <i>Société d'économie mixte d'alimentation et de restauration collective (Centre), 4 août 1998</i> | 36 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement de Carnon Mauguio Étang de l'Or (Languedoc-Roussillon), 17 février 2010</i> | 177, 186, 229, 238, 252, 258 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement de la Région d'Angers (Pays de la Loire), 15 janvier 2010</i> | 177 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement de la Ville de Sens (Bourgogne), 5 juin 2002</i> | 197, 241 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement des communes minières (Nord-Pas-de-Calais), 16 novembre 2001</i> | 208 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement du Bas-Limousin (Limousin), 18 novembre 2008</i> | 223 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement de la ville de Créteil (Île-de-France), 15 juin 2007</i> | 262, 288 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement du Lot-et-Garonne - SEM 47 (Aquitaine), 8 décembre 2006</i> | 177, 288 |
| <i>Société d'économie mixte d'aménagement, de rénovation et d'équipement de Levallois-Perret (Île-de-France), 9 mars 2010</i> | 162 |
| <i>Société d'économie mixte d'Archamps et du Genevois (Rhône-Alpes), 23 décembre 2004</i> | 187, 288 |
| <i>Société d'économie mixte d'Epernay et de sa région (Champagne-Ardenne), 30 mars 2004</i> | 234 |
| <i>Société d'économie mixte d'équipement du pays d'Aix-en-Provence (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 9 décembre 2002</i> | 36 |

| | |
|--|-------------------------|
| <i>Société d'économie mixte d'études et d'aménagement du département des Pyrénées-Orientales (Languedoc-Roussillon), 8 février 2010.....</i> | |
| 80, 84, 162, 197, 201, 209, 211, 265 | |
| <i>Société d'économie mixte d'exploitation du centre national de la mer (Nord-Pas-de-Calais), 27 avril 2005</i> | 147, 167, 168, 230, 258 |
| <i>Société d'économie mixte de Châlons-en-Champagne (Champagne-Ardenne), 12 mai 2009</i> | 199, 200, 201 |
| <i>Société d'économie mixte de Colomiers pour l'aménagement et la construction (Midi-Pyrénées), 8 septembre 2003</i> | 401 |
| <i>Société d'économie mixte de construction et de gestion Midi-Pyrénées (Midi-Pyrénées), 28 novembre 2000</i> | 357 |
| <i>Société d'économie mixte de construction et de rénovation de la ville de Créteil (Île-de-France), 15 juin 2007</i> | 261 |
| <i>Société d'économie mixte de gestion de l'aéroport de Tours Val de Loire (Centre), 31 octobre 2007.....</i> | 123, 149, 197 |
| <i>Société d'économie mixte de l'agglomération dieppoise (Haute-Normandie), 16 mars 2005.....</i> | 176 |
| <i>Société d'économie mixte de la Ville d'Herblay (Île-de-France), 19 février 2007</i> | 197 |
| <i>Société d'économie mixte de Martigues-communication (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 22 mars 2004</i> | 162, 259, 356 |
| <i>Société d'économie mixte de Maurepas (Île-de-France), 6 mars 2009.....</i> | 185, 314, 376 |
| <i>Société d'économie mixte de promotion et d'animation du Barcarès (Languedoc-Roussillon), 12 janvier 2010</i> | 149, 162, 209, 265, 378 |
| <i>Société d'économie mixte de Saint-Tropez (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 18 décembre 2002.....</i> | 185, 314, 350, 374, 423 |
| <i>Société d'économie mixte de Sotteville-Lès-Rouen (Haute-Normandie), 24 septembre 2004.....</i> | 117, 118 |
| <i>Société d'économie mixte de tourisme de Martigues (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 22 mars 2004</i> | 162, 356 |
| <i>Société d'économie mixte de Villerupt (Lorraine), 23 mai 2008</i> | 208 |
| <i>Société d'économie mixte Delta 3 (Nord-Pas-de-Calais), 10 avril 2007</i> | 165, 200 |
| <i>Société d'économie mixte départementale des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin (Alsace), 3 août 2004.....</i> | 238, 261 |
| <i>Société d'économie mixte des Clayes-sous-Bois (Île-de-France), 27 août 2004</i> | 117 |
| <i>Société d'économie mixte des eaux de la région grenobloise et d'assainissement du Drac inférieur (Rhône-Alpes), 8 mars 2005.....</i> | 238, 401 |
| <i>Société d'économie mixte des Grands Garages et Parkings de Bordeaux (Aquitaine), 4 mai 2009</i> | 142 |
| <i>Société d'économie mixte des parkings de la Communauté urbaine de Strasbourg (Alsace), 23 février 2007</i> | 197, 375 |
| <i>Société d'économie mixte des remontées mécaniques du Mont-Dore (Auvergne), 7 mai 2003</i> | 262 |
| <i>Société d'économie mixte des Sources de Soultzmatt (Alsace), 27 juillet 2007 ..</i> | 149, 210 |
| <i>Société d'économie mixte des transports de l'agglomération orléanaise (Centre), 7 avril 2005</i> | 201, 253, 261, 280, 326 |
| <i>Société d'économie mixte des transports de l'agglomération tourangelle (Centre), 19 juillet 2004</i> | 261 |
| <i>Société d'économie mixte des transports en commun de l'agglomération nantaise (Pays de la Loire), 11 mai 2006.....</i> | 201, 337 |
| <i>Société d'économie mixte des transports en commun de l'agglomération toulousaine (Midi-Pyrénées), 18 août 2004</i> | 326 |

| | |
|--|------------------------------|
| <i>Société d'économie mixte des transports en commun de la région messine</i> (Lorraine), 23 janvier 2004..... | 175, 394 |
| <i>Société d'économie mixte des transports en commun de la région messine</i> (Lorraine), 28 janvier 2010..... | 337, 350 |
| <i>Société d'économie mixte des transports intercommunaux du bassin de la</i> <i>Sambre (Nord-Pas-de-Calais), 11 novembre 2010.....</i> | 142, 225, 252 |
| <i>Société d'économie mixte des transports publics de l'agglomération grenobloise</i> (Rhône-Alpes), 14 juin 2004..... | 201, 325 |
| <i>Société d'économie mixte des transports urbains de la région de Valenciennes</i> (Nord-Pas-de-Calais), 12 février 2007 | 201, 238, 261 |
| <i>Société d'économie mixte des transports urbains du bassin de Longwy</i> (Lorraine), 22 mars 2005 | 187, 326 |
| <i>Société d'économie mixte des transports, tourisme, équipement et loisirs (La</i> <i>Réunion), 11 octobre 2004</i> | 201 |
| <i>Société d'économie mixte du Golf de Loudun-Roiffé (Poitou-Charentes),</i> <i>4 août 2007</i> | 149, 233, 238 |
| <i>Société d'économie mixte du Pays de Vierzon (Centre), 1^{er} octobre 2010</i> | 298 |
| <i>Société d'économie mixte du Périgord (Aquitaine), 24 juin 2003</i> | 262 |
| <i>Société d'économie mixte du Périgord (Aquitaine), 30 juillet 2008</i> | 262, 401 |
| <i>Société d'économie mixte Électricité service Gironde (Aquitaine), 12 février</i> <i>2006</i> | 101, 193, 401 |
| <i>Société d'économie mixte Entente Orléanaise (Centre), 28 octobre 2008.....</i> | 252 |
| <i>Société d'économie mixte Europort-Vatry (Champagne-Ardenne), 14 février</i> <i>2007.....</i> | 206, 230, 409 |
| <i>Société d'économie mixte Fare développement (Lorraine), 1^{er} décembre 2004</i> | 115 |
| <i>Société d'économie mixte Foire Internationale de Metz (Lorraine), 14 avril 2005</i> | 176 |
| <i>Société d'économie mixte France Costumes Moulins (Auvergne), 22 décembre 2003</i> | 149 |
| <i>Société d'économie mixte Gravelines Gestion Équipement (Nord-Pas-de-</i> <i>Calais), 21 février 2011.....</i> | 83 |
| <i>Société d'économie mixte immobilière de Bruges (Aquitaine), 1^{er} février 2005 ..</i> | 216, 229 |
| <i>Société d'économie mixte Internet Débit Moselle (Lorraine), 14 décembre 2005.....</i> | 143 |
| <i>Société d'économie mixte le Couvent Ulrich (Lorraine), 7 novembre 2006.....</i> | 187 |
| <i>Société d'économie mixte Le Havre Plaisance (Haute-Normandie), 29 juin 2006.....</i> | 149 |
| <i>Société d'économie mixte locale de coopération transmanche (Haute-</i> <i>Normandie), 12 mars 2009</i> | 147, 148, 188, 265 |
| <i>Société d'économie mixte locale Écosite du Pays de Thau (Languedoc-</i> <i>Roussillon), 6 août 2003 (Avis)</i> | 253 |
| <i>Société d'économie mixte locale nouvelle du Parc du Futuroscope (Poitou-</i> <i>Charentes), 15 décembre 2006</i> | 149, 194, 195, 207, 258, 402 |
| <i>Société d'économie mixte locale Ouest Énergie (Poitou-Charentes), 16 octobre</i> <i>2008.....</i> | 92, 93, 163 |
| <i>Société d'économie mixte Lyon Parc Auto (Rhône-Alpes), 16 décembre 1998</i> | 258 |
| <i>Société d'économie mixte mancelière de logement (Pays de la Loire),</i> <i>5 novembre 2009</i> | 200 |
| <i>Société d'économie mixte Maurienne Expansion (Rhône-Alpes), 25 janvier 2007.....</i> | 298 |
| <i>Société d'économie mixte Metz Technopôle (Lorraine), 9 août 2005</i> | 357, 410 |
| <i>Société d'économie mixte Normandie-Aménagement (Basse-Normandie),</i> <i>23 avril 2004</i> | 325 |
| <i>Société d'économie mixte Oryon (Pays de la Loire), 20 août 2010</i> | 147, 216 |
| <i>Société d'économie mixte Palace Épinal (Lorraine), 29 juin 2005</i> | 149, 383 |

| | |
|--|-------------------------|
| <i>Société d'économie mixte pour l'aménagement du Forez (Rhône-Alpes), 18 juin 1998</i> | 115 |
| <i>Société d'économie mixte pour l'électrification de la Haute-Auvergne (Auvergne), 10 janvier 2003.....</i> | 149 |
| <i>Société d'économie mixte Reims Développement Informatique (Champagne- Ardenne), 20 avril 2000</i> | 394, 417 |
| <i>Société d'économie mixte Sainte-Maxime Animation Commerce Tourisme (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 26 novembre 2009</i> | 111 |
| <i>Société d'économie mixte Scénoparc iO (Auvergne), 2 mars 2009 (Avis) ..</i> | 112, 253, 254 |
| <i>Société d'économie mixte Société d'étude et de réalisations multiples (Guadeloupe-Guyane-Martinique), 20 avril 2007</i> | 381 |
| <i>Société d'économie mixte SODIPARC (La Réunion), 26 décembre 2005</i> | 36 |
| <i>Société d'économie mixte thermique et touristique d'Aix-les-Thermes (Midi- Pyrénées), 13 septembre 2006</i> | 261 |
| <i>Société d'économie mixte TRANSFENSCH (Lorraine), 7 octobre 2005 ..</i> | 175, 201, 206 |
| <i>Société d'économie mixte Valenseine (Haute-Normandie), 16 avril 2008.....</i> | 182 |
| <i>Société d'économie mixte Vendée Expansion (Pays de la Loire), 7 février 2007.....</i> | 394 |
| <i>Société d'économie mixte Vercors Restauration (Rhône-Alpes), 11 avril 2005 .. 50, 142, 173, 185, 314, 356</i> | |
| <i>Société d'équipement de Nîmes Métropole (Languedoc-Roussillon), 21 juillet 2008 .</i> | 176 |
| <i>Société d'équipement de Tahiti et des Îles (Polynésie française), 25 janvier 2006</i> | 198, 230 |
| <i>Société d'équipement du bassin lorrain (Lorraine), 11 février 2008.....</i> | 80 |
| <i>Société d'équipement du département de la Drôme (Rhône-Alpes), 10 juin 2002</i> | 163, 166, 185, 229, 401 |
| <i>Société d'équipement du département de la Loire (Rhône-Alpes), 21 octobre 2004... </i> | 297 |
| <i>Société d'équipement du département du Doubs (Franche-Comté), 6 janvier 2009</i> | 211, 238 |
| <i>Société d'équipement du département du Maine-et-Loire (Pays de la Loire), 5 août 2003</i> | 230 |
| <i>Société d'équipement du Limousin (Limousin), 18 août 2009</i> | 185, 216 |
| <i>Société d'équipement et de construction de la Sarthe (Pays de la Loire), 6 février 2009</i> | 238 |
| <i>Société d'étude et de réalisations multiples (Guadeloupe-Guyane-Martinique), 20 avril 2007</i> | 234 |
| <i>Société d'exploitation du centre de la pêche artisanale Maréis (Nord-Pas-de- Calais), 21 juin 2005.....</i> | 223, 376, 378 |
| <i>Société d'initiative de la région nazairienne (Pays de la Loire), 1^{er} août 2006</i> | 198 |
| <i>Société de financement et de développement de la Province Sud (Nouvelle- Calédonie), 13 novembre 2008</i> | 158, 197, 207 |
| <i>Société de gestion de Val d'Isère (Rhône-Alpes), 25 août 2009</i> | 149, 207, 376 |
| <i>Société de gestion du parc des expositions de Mâcon (Bourgogne), 28 avril 2004</i> | 401 |
| <i>Société des transports départementaux de La Réunion (La Réunion), 26 décembre 2005.....</i> | 36, 202 |
| <i>Société des transports urbains de Saumur (Pays de la Loire), 30 décembre 2005.....</i> | 337 |
| <i>Société du métro de l'agglomération de Toulouse (Midi-Pyrénées), 9 juillet 2004</i> | 293 |
| <i>Société du Palais des Congrès du Futuroscope (Poitou-Charentes), 24 avril 2006</i> | 101, 123, 125, 258 |
| <i>Société du parking de Mans (Pays de la Loi), 18 août 2010.....</i> | 226 |
| <i>Société Environnement Polynésien (Polynésie française), 24 août 2010.....</i> | 260, 364 |

| | |
|--|---------------|
| <i>Société immobilière d'économie mixte de la région parisienne secteur sud est (Île-de-France), 30 novembre 2005</i> | 207, 221 |
| <i>Société immobilière d'économie mixte de la Ville de Paris (Île-de-France), 1^{er} août 2008</i> | 298 |
| <i>Société immobilière d'économie mixte de Lunéville (Lorraine), 7 août 2007</i> | 198 |
| <i>Société immobilière de la Madeleine (Bourgogne), 17 novembre 2008</i> | 261 |
| <i>Société lorraine d'économie mixte d'aménagement urbain (Lorraine), 3 avril 2006</i> | 216 |
| <i>Société messine d'environnement et d'énergie (Lorraine), 17 juillet 2008</i> | 337 |
| <i>Société nouvelle d'exploitation de la Tour Eiffel (Île-de-France), 8 mars 2006</i> | 149 |
| <i>Société vosgienne pour le traitement des ordures ménagères (Lorraine), 20 octobre 2005</i> | 337 |
| <i>Syndicat départemental des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin (Alsace), 3 août 2004</i> | 261 |
| <i>Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne (Aquitaine), 31 mars 2005</i> | 142 |
| <i>Syndicat intercommunal des transports de la région de Valenciennes (Nord-Pas-de-Calais), 12 février 2007</i> | 231, 261 |
| <i>Syndicat intercommunal des transports en commun de l'agglomération de Tours (Centre), 29 juillet 2004</i> | 261 |
| <i>Syndicat mixte Centre Jean-Henri Fabre de Saint-Léons en Lévézou (Midi-Pyrénées), 24 janvier 2003</i> | 237 |
| <i>Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (Haute-Normandie), 24 février 2009</i> | 149, 188, 265 |
| <i>Syndicat mixte des Grandes Bruyères (Centre), 14 décembre 2006</i> | 115 |
| <i>Syndicat mixte pour la réalisation de la plate-forme multimodale de Dourges (Nord-Pas-de-Calais), 10 avril 2007</i> | 200 |
| <i>Syndicat mixte production et distribution de chaleur d'Alfortville (Île-de-France), 14 août 2008</i> | 262 |
| <i>Tahiti Nui Rava' Ai (Polynésie française), 31 août 2007</i> | 208, 230, 401 |
| <i>Tahiti Nui Télévision (Polynésie française), 18 janvier 2010</i> | 149 |
| <i>Ville de Paris, Conseil général de Paris (Île-de-France), 19 juillet 2010</i> | 306, 386 |

TA

| | |
|---|---------------|
| <i>Commune de Cleder (Rennes), 14 mars 2001</i> | 49 |
| <i>Commune de Reau c/ Syndicat d'agglomération nouvelle de Sénart et Préfet de Seine-et-Marne (Versailles), 12 octobre 1993</i> | 175 |
| <i>Élections municipales de Laguirole (Toulouse), 22 juin 1989</i> | 53 |
| <i>Élections municipales de Nice, (Nice), 21 juin 1989</i> | 53 |
| <i>Jean Auroux (Lyon), 22 mars 2007</i> | 284, 296 |
| <i>Préfet de l'Allier c/ Commune de Vichy (Clermont-Ferrand), 21 avril 1991</i> | 103 |
| <i>Préfet de la Moselle c/ Commune d'Annéville (Strasbourg), 23 février 1992</i> | 28 |
| <i>Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Communauté de communes de Garazi-Baïgorri (Pau), 14 octobre 2008</i> | 386 |
| <i>Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune d'Ilharre (Pau), 14 octobre 2008</i> | 386 |
| <i>Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune de Lahontan (Pau), 6 janvier 2009</i> | 386 |
| <i>Préfet, Commissaire de la République de l'Aveyron (Toulouse), 27 janvier 1988</i> | 154 |
| <i>Ruphy et autres c/ Commune de La Chusaz (Grenoble), 27 janvier 1988</i> | 148, 154, 232 |
| <i>Société SEMICA c/ Commune de La Ciotat (Marseille), 1^{er} mars 1995</i> | 259 |

TC

| | |
|--|--------------|
| <i>Association sportive de karting Semurois, société d'économie mixte Auxois-Bourgogne, 12 décembre 2005</i> | 97 |
| <i>Charrière, ès-qual. c/ État, 23 janvier 1989</i> | 71 |
| <i>Comité d'expansion de la Dordogne, 15 novembre 1999.....</i> | 71 |
| <i>Commune d'Agde, 7 juillet 1975.....</i> | 422 |
| <i>Commune de Sauves c/ Gestetner, 5 juillet 1999</i> | 415 |
| <i>Guy X c/ Bureau d'études BERIM, 20 février 2006</i> | 97, 160, 421 |
| <i>Laurent c/ Comité des fêtes de Saint-Rémy-de-Provence, 22 avril 1985</i> | 424 |
| <i>Préfet du Gard c/ Tribunal de commerce d'Alès, 20 novembre 2006</i> | 73 |
| <i>Septfonds, 16 juin 1923</i> | 98 |
| <i>Société anonyme d'Imphy c/ Commune d'Ingrandes-sur-Vienne, 14 février 2000.....</i> | 67, 71 |
| <i>Société Canal Plus Immobilier, 23 octobre 1995.....</i> | 97 |
| <i>Société d'économie mixte Olympique d'Alès en Cévennes, 20 novembre 2006</i> | 151 |
| <i>Société Entreprise Peyrot, 8 juillet 1963</i> | 421 |
| <i>Société Spie Trindel c/ Commune de Wisches et M. Alain X., 13 janvier 1997.....</i> | 215 |
| <i>Ugap c/ SNC Activ. CSA, 5 juillet 1999</i> | 415 |

TPICE

| | |
|--|-----|
| <i>Département du Loiret c/ Commission, 29 mars 2007</i> | 129 |
| <i>Scott SA c/ Commission, 29 mars 2007.....</i> | 129 |
| <i>Vlaams Gewest c/ Commission, 30 avril 1998.....</i> | 122 |

Table chronologique des textes cités

Lois

- Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, *JORF*, 26 août 1867, p. 241.
- Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, *JORF*, 18 octobre 1919, p. 11523.
- Loi du 27 mai 1921, portant programme des travaux d'aménagement du Rhône de la frontière suisse à la mer, *JORF*, 28 mai 1921, p. 6210.
- Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 relative à la nationalisation de l'électricité et du gaz, *JORF*, 9 avril 1946, p. 2651.
- Loi n° 49-985 du 25 juillet 1949 portant exercice pour 1949 : ouverture de crédits et autorisation d'engagement de dépenses, *JORF*, 26 juillet 1949, p. 7294.
- Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales, *JORF*, 26 juillet 1966, p. 6402.
- Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière, *JORF*, 3 janvier 1968, p. 3.
- Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF*, 18 juillet 1978, p. 2851.
- Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF*, 3 mars 1982, p. 1730.
- Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences les communes, les départements, les régions et l'État, *JORF*, 9 janvier 1983, p. 215.
- Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099.
- Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, *JORF*, 27 juillet 1983, p. 2326.
- Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, *JORF*, 13 juillet 1985, p. 7914.
- Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *JORF*, 3 juillet 1986, p. 8240.
- Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations, *JORF*, 7 août 1986, p. 9695.
- Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF*, 5 janvier 1991 p. 236.
- Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JORF*, 8 février 1992, p. 2064.

- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF*, 30 janvier 1993, p. 1588.
- Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation, *JORF*, 21 juillet 1993, p. 10255.
- Loi organique n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4226.
- Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, 11 février 2000, p. 2143.
- Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU), *JORF*, 14 décembre 2000, p. 1977.
- Loi n° 2001-420 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.
- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (MURCEF), *JORF*, 12 décembre 2001, p. 19703.
- Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121.
- Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JORF*, 28 février 2002, p. 3821.
- Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, *JORF*, 2003, 4 janvier 2003, p. 425.
- Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *JORF*, 3 juillet 2003 p. 11192.
- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF*, 22 juin 2004, p. 11168.
- Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, 11 août 2004, p. 14277.
- Loi n° 2004-819 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF*, 17 août 2004, p. 14545.
- Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux, *JORF*, 24 février 2005, p. 3073.
- Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (ENL), *JORF*, 16 juillet 2006 p. 10662.
- Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement, *JORF*, 21 juillet 2005, p. 11833.
- Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12187.
- Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, *JORF*, 29 juillet 2008, p. 10662.
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, 5 août 2008, p. 1271.
- Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, *JORF*, 27 mars 2009, p. 5408.
- Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 22 juillet 2009, p. 12184.

Loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques, *JORF*, 24 juillet 2009, p. 12352.

Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697.

Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JORF*, 17 décembre 2010, p. 22146.

Ordonnances

Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, *JORF*, 22 septembre 2000, p. 14877.

Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, *JORF*, 6 septembre 2003, p. 15391.

Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, *JORF*, 19 juin 2004, p. 11020.

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, *JORF*, 7 juin 2005, p. 10014.

Ordonnance n° 2007-1134 du 25 juillet 2007 portant extension et adaptation à la Nouvelle-Calédonie de diverses dispositions relatives aux communes et aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 27 juillet 2007, p. 12667.

Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF*, 2008, p. 19462.

Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, *JORF*, 2009, p. 11853, *Contrats et Marchés publ.*, août-sept. 2009, étude 9, comm. Clamour.

Ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 25 février 2010, p. 3585.

Décrets-lois

Décret-loi du 5 novembre 1926, loi de décentralisation et déconcentration administrative, *JORF*, 7 novembre 1926, p. 11894.

Décret-loi du 28 décembre 1926, loi relative aux régies municipales réglementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière, *JORF*, 31 décembre 1926, p. 13742.

Décret-loi du 31 août 1937 portant approbation et publication de la convention du 31 août 1937 réorganisant le régime des chemins de fer, *JORF*, 1^{er} septembre 1937, p. 10065.

Décrets

Décret n° 52-49 du 11 janvier 1952 portant statut des représentants de l'État dans les conseils de sociétés d'économie mixte, *JORF*, 13 janvier 1952, p. 564.

- Décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (participation financière ou exploitation directe), *JORF*, 21 mai 1955, p. 5078.
- Décret n° 56-560 du 7 juin 1956 pris pour l'application de l'article 6 du décret 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux collectivités locales dans le domaine économique, *JORF*, 10 juin 1956, p. 5329.
- Décret n° 57-1117 du 5 octobre 1957 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 4 du décret n° 53-982 du 30 septembre 1953 et de l'article 3 du décret n° 55-579 du 20 mai 1955 en ce qui concerne la participation des départements aux sociétés présentant un intérêt départemental, *JORF*, 12 octobre 1957, p. 9753.
- Décret du 19 mai 1959 fixant, en application de l'article 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation, les modalités de constitution et de fonctionnement des sociétés d'économie mixte et des établissements publics chargés de réaliser des opérations d'aménagement urbain, *JORF*, 2 juin 1959, p. 5554.
- Décret n° 59-1201 du 19 octobre 1959 portant réglementation publique pour l'application de l'article 3 du décret n° 55-579 du 20 mai 1955 et des articles 395 à 401 du code de l'administration communale en ce qui concerne la participation des départements et des communes à des entreprises privées, *JORF*, 24 octobre 1959, p. 10121.
- Décret n° 60-553 du 1^{er} juin 1960 portant approbation des statuts types des sociétés anonymes d'économie mixte visées à l'article 395 du code de l'administration communale, à l'article 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation et à l'article 4 du décret 53-982 du 30-09-1953, *JORF*, 12 juin 1960, p. 5312.
- Décret n° 69-295 du 24 mars 1969 portant approbation des statuts types de certaines sociétés anonymes d'économie mixte prévues à l'art. 395 du code de l'administration communale, à l'art. 3 du décret 55-579 du 20 mai 1955, à l'art. 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation et à l'art. 4 du décret 53-982 du 30 septembre 1953, *JORF*, 2 avril 1969, p. 3287.
- Décret n° 69-357 du 16 avril 1969 modifiant le décret du 19 mai 1959 fixant, en application de l'article 78-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation, les modalités de constitution et de fonctionnement des sociétés d'économie mixte et des établissements publics chargés de réaliser des opérations d'aménagement urbain, *JORF*, 22 avril 1969, p. 4023.
- Décret n° 75-653 du 22 juillet 1975 fixant la durée pour laquelle sont désignés les représentants de l'État dans les conseils d'administration, de surveillance ou de gérance ou dans les organismes délibérants en tenant lieu de groupements d'intérêt économique et de sociétés d'économie mixte, des entreprises nationales et des établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial est fixée à 3 ans, *JORF*, 24 juillet 1975, p. 7516.
- Décret n° 77-205 du 18 février 1977 portant approbation des modifications aux statuts types de certaines sociétés anonymes d'économie mixte constituées avec la participation des collectivités locales, *JORF*, 6 mars 1977, p. 1280.
- Décret n° 78-173 du 16 février 1978 portant modification du décret n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet économique ou social, *JORF*, 1978, p. 768.
- Décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et de l'industrie, *JORF*, 31 mai 1984, p. 1699.
- Décret n° 85-1387 du 27 décembre 1985 pris pour l'application des articles 2 et 7 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, *JORF*, 29 décembre 1985, p. 15278.

- Décret n° 93-584 du 26 mars 1993 relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF*, 28 mars 1993, p. 5226.
- Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *JORF*, 8 mars 2001, p. 37003.
- Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 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, *JORF*, 22 octobre 2005, p. 16752.
- Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 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, *JORF*, 31 décembre 2005, p. 20782.
- Décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés conclus par les concessionnaires et modifiant le code de l'urbanisme, *JORF*, 2 août 2006, p. 11468.
- Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, *JORF*, 4 août 2006, p. 11627.
- Décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics et aux décrets pris pour l'application 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, *JORF*, 18 décembre 2008, p. 19367.
- Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, *JORF*, 20 décembre 2008, p. 19544.
- Décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics, *JORF*, 20 décembre 2008, p. 19548.
- Décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement, *JORF*, 24 juillet 2009, p. 12370, *Contrats et Marchés publ.*, août-sept 2009, comm. 254, note Clamour.

Circulaires

- Circulaire du 17 août 1964 relative aux règles applicables à la création, au fonctionnement et au contrôle des sociétés d'économie mixte, *JORF*, 6 septembre 1964, p. 8125.
- Circulaire du 22 juillet 1982 relative aux nouvelles conditions d'exercice du contrôle de l'égalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales telles qu'elles résultent de la loi du 02-03-1982 modifiée par la loi du 22-07-1982, *JORF*, 23 juillet 1982, p. 2354.
- Circulaire du 16 juillet 1985 relative à l'information sur les conditions de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 24 août 1985, p. 9785.
- Circulaire n° 94-88 du 25 février 1994 relative au régime juridique applicable aux cessions d'actions détenues par les collectivités territoriales, dans les sociétés d'économie mixte locales, non publié au *JORF*.
- Circulaire du 7 mars 1994 relative aux relations financières entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales, non publiée au *JORF*.

Circulaire du 20 novembre 2002 sur le régime juridique des sociétés d'économie locale, non publiée au *JORF*.

Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 portant régime juridique des sociétés publiques locales et des sociétés publiques locales d'aménagement, non publiée au *JORF*.

Réponses ministérielles

Rép. min. à QE, *JOAN Q*, 19 mars 1984, p. 1287.

Rép. min. à QE, n° 7756, *JO Sénat Q*, 5 avril 1990, p. 723.

Rép. min. à QE, n° 7848, *JO Sénat Q*, 5 avril 1990, p. 723.

Rép. min. à QE, n°55281, *JOAN Q*, 21 septembre 1992, p. 4376.

Rép. min. à QE, n° 10745, *JOAN Q*, 3 août 1998, p. 4333.

Rép. min à QE, n° 102783, *JOAN Q*, 28 novembre 2006, p. 12457.

Rép. min. à QE, n° 1003, *JOAN Q*, 18 mars 2008, p. 2374, *Contrats Marchés publ.*, juin 2008, comm 151, note Roman-Sequense.

Rép. min. à QE, n° 2910, *JOAN Q*, 13 janvier 2009, p. 330, *Contrats Marchés publ.*, mars 2009, comm 105, note Roman-Sequense.

Rép. min. à QE, n° 32339, *JOAN Q*, 27 janvier 2009, p. 800, *Contrats Marchés publ.*, mars 2009, comm 107, note Roman-Sequense.

Rép. min. à QE, n° 33574, *JOAN Q*, 14 avril 2009, p. 3549.

Rép. min. à QE, n° 01569, *JO Sénat*, 23 avril 2009, p. 1017.

Rép. min. à QE, n° 14536, *JO Sénat*, 11 août 2011, p. 2114.

Directives européennes

Directive 80/723/CEE du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *JOCE*, L. 195, 29 juillet 1980, p. 1.

Directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE*, L. 210, 21 juillet 1989, p. 1.

Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services postaux, *JO*, L. 209, p. 1.

Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services, *JOUE*, L 134, 30 avril 2004.

Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services, *JOUE*, L 134, 30 avril 2004.

Directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *JOUE*, L. 318/17, 17 novembre 2006.

Communications de la Commission

Commission des Communautés européennes, 11 mars 2000, *Communication sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties*, 2000/C 71/07, *JOUE*, C 71, p. 14.

Commission des Communautés européennes, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2004/0327 final.

Commission des Communautés européennes, 15 novembre 2005, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2005/0569 final.

Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, *Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, COM/2007/6661 final.

INDEX THÉMATIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Actionnaire

- collectivité territoriale étrangère : 249-253
- établissement public : 116
- groupe Caisse des dépôts (v. cette entrée)
- financier : 255, 281, 375, 284, 448
- majoritaire : 11, 20, 39, 49, 130, 141, 193, 195, 217, 221, 235, 240-262, 275, 293, 309, 384, 419, 435, 480, 491, 588, 597
- minoritaire : 116, 237, 240, 249, 256, 261, 272, 281, 284, 358, 384, 449, 461, 555 (v. ég. Concurrence)
- minorité de blocage : 233, 252, 255, 289
- public : 18, 38-40, 41, 51, 117, 121, 137, 147, 216, 240, 251-253, 276, 291-292, 309, 356-358, 394, 426, 520
- privé : 137, 147, 167, 169, 240, 270, 277-285, 463, 464, 502
- *sleeping partners* : 284
- technique : 263, 283, 374 (v. eg. Groupe Caisse des dépôts)
- *Affectio societatis* (v. Société anonyme)

Aide d'État

- compatibilité : 163, 165, 168
- compensation de service public : 160
- contrat SEML - tiers (v. cette entrée)
- investisseur avisé en économie de marché : 162, 164-170
- notification : 162
- notion : 159-163
- seuil de *minimis* : 161

Aide publique locale

- aménagement et construction : 149-153
- avance / apport en compte courant : 107, 141-146, 168
- contrat SEML - tiers (v. cette entrée)
- et modification du capital social : 121-127

- garantie d'emprunt : 132
- logement social : 149-153
- promotion économique du territoire : 154-157
- subvention : 143, 147, 151

Alsace-Moselle : 10, 23

Assemblée générale : 60, 68, 217, 257, 287

Association para-administrative : 21, 85, 100, 534-538, 544, 592

C

Caisse des dépôts et consignations (v. Groupe Caisse des dépôts)

Capacité juridique : 48, 519-520

Capital social

- capital minimum : 161
- « coup d'accordéon » : 123, 554
- droit comparé : 255, 433
- intégralement public : 118, 375, 394, 425-448, 554
- mise en concurrence (v. Partenariat public-privé institutionnalisé)
- participation au capital (principe de l'interdiction) : 112-114
- participation au capital (modification) : 121-127
- participation publique majoritaire : 115-120
- participation publique minoritaire : 117, 405-411 (v. ég. Société locale de partenariat)
- plafond de participation : 27, 117, 237, 254, 281, 426, 433, 488
- plancher de participation : 27, 117, 237, 254
- privatisation (v. cette entrée)

Chambre régionale et territoriale des comptes (v. ég. Contrôle)

- contrôle de gestion : 371

- généralités : 361, 368
- rapports d'observations définitives : 362-364, 490
- saisine pour avis : 353

Commissaire aux comptes : 304, 309-312, 354

Commissaire du gouvernement

- État actionnaire : 307
- société d'économie mixte locale : 37, 308-309, 352, 358

Compagnie coloniale : 5

Compétence

- clause générale de compétence : 192
- d'attribution : 189-191
- juridictionnelle (juge administratif / juge judiciaire) : 85, 121-122, 304, 318
- société d'économie mixte locale (v. Objet social)
- territoriale : 195, 197, 219, **228-227**

Concession d'aménagement

- aide (v. cette entrée)
- concession d'aménagement : 335-348, **389-399**, 416, 428-429
- concurrence dans la commande publique (v. cette entrée)
- inaccessibilité : 333-346
- société publique locale d'aménagement (v. cette entrée)

Concurrence

- abus de position dominante : 470
- actionnariat minoritaire : 452-457
- concession d'aménagement : 391-393
- contrats des SEML - tiers (v. cette entrée)
- délégation de service public : 383-384
- entente : 470-474
- entreprise (v. cette entrée)
- entreprise publique (v. cette entrée)
- et partenariat public-privé institutionnalisé (v. cette entrée)
- groupement momentané d'entreprises (v. cette entrée)
- mandat de maîtrise d'ouvrage publique : 387-388
- marché public : 386-388
- relation *in house* (v. Prestation *in house*)

Contrat de société (v. Société anonyme)

Contrat *in house* (v. Prestation *in house*)

Contrat SEML – tiers (v. é.g. Société d'économie mixte locale)

- et aide : 171-180
- et mise en concurrence : 572-586

Contrôle de légalité : 356-358

« **Coup d'accordéon** » (v. Capital social)

Cour de discipline budgétaire et financière : 72, 103-106, 363, 365

Cour des comptes : 14, 103, 369-372

D

Délégation de service public

- concurrence (v. cette entrée)
- inaccessibilité : 335-348

Difficultés

- liquidation judiciaire : 72, 81-85, 134, 313, 315, 556
- redressement : 81, 152, 312- 313, 329
- sauvegarde : 313-315, 318, 328
- sort des biens : 341-348
- sort des contrats : 315, 318-329, 331-340

Dirigeant

- directeur général : 43, 57-59, 286, 296, 299-300
- directoire : 76, 286, 294, 299
- dirigeant de droit : 79, 85
- dirigeant de fait : 84-85
- élu local (v. cette entrée)
- résident du conseil d'administration : 297-300, 311
- président-directeur général (PDG) : 286, 300
- rémunération : (v. élu local)

Dissolution (v. Privatisation, Difficultés)

E

Élu local

- administrateur : 48-51
- dirigeant : 294-303
- incompatibilité et inéligibilité : 44, 52-59, 294-300
- rémunération : 54, **60-64**, 295, 309
- responsabilités civiles, pénale, financière (v. ces entrées)
- révocation : 65-68

Entité adjudicatrice

- notion : 544
- société d'économie mixte locale (v. cette entrée)

Entrepreneur de service municipal (v. Élu local, incompatibilité)

Entreprise (notion) : 160, 402, 570
Entreprise publique (notion) : 22, 32, 567

Entreprise publique locale : 21, 27

Établissement public

- et mise en concurrence (v. Prestation intégrée)
- et société d'économie mixte locale (v. cette entrée)
- spécialité : 211-213, 229
- transformation en société d'économie mixte locale (v. Société d'économie mixte locale)

Établissement public de coopération intercommunale (v. Prestation intégrée)

État actionnaire : 22, 68

Externalisation : 26, 35, 323, 516-540, 599

F

Filiale

- autorisation de création : 216-220
- et contrôle financier : 362
- et prise de participations minoritaires : 215, 282
- filialisation : 214, 485, 501
- objet social : 218-221

G

Garantie d'emprunt (v. Aide publique locale)

Groupe Caisse des dépôts : 264

Caisse des dépôts et consignations (CDC) : 266

Société centrale immobilière de la Caisse des dépôts et consignations (SCIC) : 267

Société centrale pour l'équipement du territoire (SCET) : 268-269, 282

Transdev : 270, 282, 451

Groupe (local) d'entreprises / de sociétés : 156, 214-215, 220

Groupement d'intérêt public (v. Prestation *in house*)

Groupement momentané d'entreprises : 472-474

I

Intérêt général : 10, 13, 17, 35, 113-116, 130, 138, 156, 189-191, 195-205, 208, 212-213, 220, 259, 314, 321, 373, 433-434, 459, 483, 527-531, 539, 543-565, 579

Intérêt public local : 113, 193, 201-209, 220, 224-225

Intérêt social : 83, 133

Investisseur avisé en économie de marché : 164-171

L

Liberté contractuelle : 481, 512-515

Liberté du commerce et de l'industrie : 4-7, 130, 193, 201, 203-206, 220, 224

Liquidation judiciaire (v. Difficultés)

M

Mandat (v. Société d'économie mixte locale)

Mandat de maîtrise d'ouvrage publique (v. Concurrence)

Manufacture royale : 4

Marché public (v. Concurrence)

Minorité de blocage (v. Actionnaire)

O

Objet social

- activité administrative : 85, 198-200, 552
- activités complémentaires : 211-213, 221, 224, 226
- aménagement : 17, 85, 107, 113, 149-153, 180, 192, 263, 284, 321, 389, 391, 426-429, 431-432, 434, 491, 561, 564, 589
- construction : 18, 149-153, 187, 192, 266, 434, 492, 551, 561, 594
- filiale (v. cette entrée)
- intérêt général (v. cette entrée)
- intérêt public local (v. cette entrée)
- service public industriel et commercial : 187, 190, 203, 434

P

Partenariat (notion) : 34, 206, 452

Partenariat public-privé institutionnalisé

- compatibilité avec le droit français : 461-469
- définition : 450-451
- mise en concurrence : 452-454
- prestation intégrée (v. cette entrée)
- société conjointe : 463

Personnalité morale (v. Société d'économie mixte locale)

Pouvoir adjudicateur

- notion : 542
- société d'économie mixte locale (v. cette entrée)

Prérogative de puissance publique : 91, 328, 351, 548, 531

Prestation in house

- association para-administrative (v. cette entrée)
- contrat entre personnes publiques : 505-508
- établissement public : 405, 421, 518, 539, 575
- établissement public de coopération intercommunale : 447-504
- et pluri-contrôle public : 442
- groupement d'intérêt public : 21, 39, 409, 535, 563
- notion : 403, 485-489
- partenariat public-privé institutionnalisé : 457-461
- régie : 535
- société d'économie mixte locale : 36-37, 400-420, 490-493
- société publique locale : 440, 449

Privatisation : 22, 125, 256-261, 314

Q

Quasi-régie : 37, 401, 483

R

Redressement (v. Difficultés)

Relation in house (v. *Prestation in house*)

Responsabilité civile des élus locaux

- faute personnelle : 75-83
- transférée aux collectivités territoriales : 71-73

Responsabilité financière des élus locaux : 106-109

Responsabilité pénale des élus locaux

- abus de biens sociaux : 93
- concussion : 93
- escroquerie : 93
- favoritisme : 97
- prise illégale d'intérêts : 61-63, 97-102
- recel : 93
- trafic d'influence : 92-97

Responsabilité des collectivités territoriales

- civile : 83-86
- pénale : 88-89

S

Sauvegarde (v. Difficultés)

Service public

- habilitation contractuelle : 470, 517-527, 540
- objet social (v. cette entrée)

Sleeping partner (v. Actionnaire financier)

Socialisme municipal : 7, 241

Société anonyme

- *affectio societatis* : 184, 255, 454
- capital minimum : 161
- contrat de société : 123, 217, 255, 454
- forme moniste / dualiste : 43, 58, 76, 216, 287, 294-295, 299-300
- nombre minimal d'actionnaires : 280, 432, 448
- théorie institutionnelle ou contractuelle : 185, 217

Société conjointe (v. Partenariat public-privé institutionnalisé)

Société d'économie mixte : 22

Société d'économie mixte locale

- assemblée spéciale : 216, 291, 437
- définition : 17
- entité adjudicatrice : 568-571
- et association : 273, 423, 538, 540
- **et établissement public : 224, 259, 388, 424, 518-521, 539**
- et régie : 11, 119, 203, 259-260
- et société publique locale : 503, 560 (v. ég. cette entrée)
- et théorie de la transparence : 590-593
- et théorie du mandat : 587-589
- histoire : 9-16
- objet social (v. cette entrée)
- organisme de droit public : 544-565, 579
- personnalité morale : 107, 211, 378, 409, 424, 593
- pouvoir adjudicateur : 545-566
- régime commercial (principe) : 15

Société d'économie mixte locale sportive : 23

Société in bonis : 83

Société locale de partenariat : 255, 476

Société publique locale : 3, 15, 21, 23, 27-28, 37-39, 149, 433-449, 476, 479, 493, 503, 539, 560, 564-565, 593, 597

Société publique locale d'aménagement : 426-429, 431-432, 441-449, 564-565

Statut-type : 394

T

Transparence (v. Société d'économie mixte locale)

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|-------------------------------------|------|
| PRÉFACE | V |
| AVERTISSEMENT | VII |
| TABLE DES ABRÉVIATIONS | X |
| SOMMAIRE | XIII |
| INTRODUCTION | 1 |
| I. Approche historique | 2 |
| II. Objet de l'étude | 10 |
| III. Champ de l'étude | 16 |
| IV. Problématique | 18 |

PREMIÈRE PARTIE L'APPROPRIATION RÉUSSIE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

| | |
|---|----|
| TITRE 1: L'INTÉGRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITO- RIALES DANS LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES ... | 3 |
| Chapitre 1. L'adaptation de la représentation des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales | 5 |
| Section 1 La représentation obligatoire des collectivités territoriales actionnaires | 6 |
| <i>§ 1. La conciliation du statut d'élu local avec la qualité de représentant permanent</i> | 6 |
| I. L'encadrement de la désignation des élus locaux | 7 |
| A. La désignation obligatoire d'élus locaux | 7 |
| B. La protection nécessaire des élus locaux contre les risques d'inéligibilité ou d'incompatibilité | 9 |
| II. L'encadrement de la rémunération des élus locaux | 13 |
| <i>§ 2. La précarité de la fonction de représentant permanent exercée par les élus locaux</i> | 15 |

| | |
|--|----|
| Section 2 L'atténuation de la responsabilité des élus locaux représentant les collectivités actionnaires..... | 18 |
| § 1. <i>La responsabilité civile assumée par les collectivités territoriales</i> | 18 |
| I. La responsabilité civile des élus locaux transférée aux collectivités territoriales..... | 18 |
| A. Le principe du transfert de la responsabilité civile des élus locaux..... | 19 |
| B. Les limites au transfert de la responsabilité civile des élus locaux..... | 21 |
| II. La responsabilité civile assumée par les collectivités territoriales..... | 25 |
| § 2. <i>La responsabilité pénale supportée par les élus locaux</i> | 28 |
| I. L'introuvable responsabilité pénale des collectivités territoriales..... | 28 |
| II. Le cumul de responsabilité pénale des élus locaux..... | 31 |
| A. La responsabilité pénale liée à la représentation des collectivités territoriales dans les organes délibérants..... | 31 |
| B. La responsabilité pénale fondée sur le statut d'élu local | 33 |
| § 3. <i>La responsabilité financière indépassable des élus locaux</i> | 37 |
| Chapitre 2. L'adaptation des relations financières des collectivités terri- toriales avec les sociétés d'économie mixte locales | 41 |
| Section 1 La conciliation recherchée de l'actionnariat des collectivités avec le droit des aides publiques locales..... | 42 |
| § 1. <i>L'encadrement des opérations sur le capital des sociétés d'économie mixte locales</i> | 42 |
| I. L'encadrement de la dotation initiale en capital des sociétés d'économie mixte locales | 43 |
| A. Le principe de l'interdiction de la participation des collectivités territoriales au capital de sociétés commerciales | 43 |
| B. L'exception de la participation des collectivités territoriales au capital de sociétés d'économie mixte locales..... | 45 |
| II. L'encadrement des modifications de la participation publique dans le capital des sociétés d'économie mixte locales... | 48 |
| § 2. <i>L'encadrement du financement des sociétés d'économie mixte locales en cours de vie sociale</i> | 52 |
| I. La soumission des relations financières au régime des aides publiques | 52 |
| A. L'interprétation extensive de la notion d'aide publique prohibée..... | 52 |

| | |
|---|-----------|
| B. La limitation paradoxale des pouvoirs des collectivités actionnaires..... | 56 |
| II. Les assouplissements législatifs a la notion d'aide aux sociétés d'économie mixte locales..... | 57 |
| A. Les avances en compte courant d'associés inspirées du droit des sociétés..... | 58 |
| B. Les aides conventionnées inspirées du droit des aides publiques locales..... | 61 |
| 1. <i>Les aides aux sociétés chargées d'opérations d'aménagement ou de logement social</i> | 62 |
| 2. <i>Les aides aux sociétés chargées de la promotion économique du territoire</i> | 64 |
| Section 2 La conciliation limitée de l'actionnariat des collectivités avec le droit des aides d'état | 67 |
| § 1. <i>La soumission des relations des collectivités avec les sociétés d'économie mixte locales au droit des aides d'état</i> | 67 |
| I. L'interprétation extensive de la notion d'aide d'état dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales..... | 68 |
| II. Les financements des sociétés d'économie mixte locales conditionnés au critère de l'investisseur avisé en économie de marché..... | 70 |
| § 2. <i>L'extension du droit des aides d'état aux relations des sociétés d'économie mixte locales avec des tiers</i> | 73 |
| CONCLUSION DU TITRE 1 | 79 |
| TITRE 2: LA DOMINATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SUR LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES | 81 |
| Chapitre 1. La détermination de l'objet social des sociétés d'économie mixte locales | 83 |
| Section 1 L'objet social, reflet nécessaire des compétences des collectivités territoriales actionnaires..... | 84 |
| § 1. <i>L'influence de l'actionnariat public lors de la création des sociétés d'économie mixte locales</i> | 84 |
| I. La délimitation de l'objet social dans le cadre d'une compétence d'attribution des collectivités territoriales actionnaires..... | 85 |

| | |
|--|-----|
| II. La délimitation de l'objet social dans le cadre de la clause générale de compétence des collectivités territoriales actionnaires..... | 88 |
| A. La nature d'intérêt général des activités des sociétés d'économie mixte locales..... | 90 |
| 1. <i>L'intérêt général de l'activité, une notion contingente des circonstances locales</i> | 90 |
| 2. <i>L'exercice d'activités administratives par les sociétés d'économie mixte locales</i> | 92 |
| B. L'existence d'un intérêt public local, condition de l'intervention des sociétés d'économie mixte locales | 94 |
| 1. <i>L'intérêt public local, condition complémentaire à l'intérêt général pour l'intervention des sociétés d'économie mixte locales</i> | 94 |
| 2. <i>L'intérêt public local, condition surabondante de l'intérêt général pour l'intervention des sociétés d'économie mixte locales</i> | 97 |
| § 2. <i>L'influence de l'actionnariat public sur l'évolution de l'objet social en cours de vie sociale</i> | 99 |
| I. L'influence de l'actionnariat public sur le développement d'activités complémentaires | 100 |
| II. L'influence de l'actionnariat public sur les prises de participations et les filialisations des sociétés d'économie mixte locales | 102 |
| A. Les prises de participations et filialisations subordonnées à une autorisation expresse des collectivités territoriales actionnaires..... | 104 |
| B. Les prises de participations et filialisations conditionnées à une compétence des collectivités territoriales actionnaires | 106 |
| Section 2 L'objet social, reflet imparfait des compétences des collectivités territoriales actionnaires..... | 109 |
| § 1. <i>L'assouplissement du lien entre objet social et compétence</i> | 109 |
| I. L'interprétation souple de la compétence matérielle des collectivités territoriales actionnaires | 110 |
| II. L'interprétation souple de la compétence territoriale des collectivités territoriales actionnaires | 111 |
| § 2. <i>Le dépassement des compétences des collectivités territoriales par le recours aux sociétés d'économie mixte locales</i> | 112 |
| I. La préservation de l'actionnariat dans les sociétés agissant dans le cadre de compétences transférées à un établissement public de coopération intercommunale | 113 |
| II. Le développement des sociétés d'économie mixte locales intervenant pour le compte d'établissements de santé | 116 |

| | |
|---|-----|
| Chapitre 2. La maîtrise de l'organisation des sociétés d'économie mixte locales | 119 |
| Section 1 L'actionnariat public majoritaire des sociétés d'économie mixte locales..... | 119 |
| § 1. <i>La prééminence des collectivités territoriales dans la composition du capital social</i> | 120 |
| I. L'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales, condition constitutive de l'économie mixte locale..... | 120 |
| A. La cristallisation de l'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales..... | 120 |
| B. L'approche catégorielle de la notion de collectivité territoriale actionnaire..... | 122 |
| 1. <i>Le principe de l'exercice collectif de l'influence dominante par les collectivités territoriales</i> | 122 |
| 2. <i>L'intégration des collectivités territoriales étrangères à la catégorie des actionnaires majoritaires</i> | 123 |
| II. L'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales, garantie de l'appartenance au secteur public..... | 125 |
| A. L'interdiction des sociétés d'économie mixte à capitaux publics minoritaires au niveau local..... | 126 |
| B. L'application du régime légal des privatisations aux sociétés d'économie mixte locales | 128 |
| § 2. <i>L'atrophie de l'actionnariat privé minoritaire des sociétés d'économie mixte locales</i> | 131 |
| I. Le développement d'un actionnariat public minoritaire..... | 132 |
| A. L'actionnariat toléré : l'essor du groupe Caisse des dépôts et consignations | 133 |
| B. L'actionnariat incité : l'émergence difficile des établissements publics de santé..... | 136 |
| II. La réduction de l'actionnariat privé minoritaire à un actionnariat symbolique..... | 139 |
| Section 2 La concentration des pouvoirs de direction au profit des collectivités territoriales | 144 |
| § 1. <i>La prééminence des collectivités territoriales dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales</i> | 145 |
| I. La représentation de toutes les collectivités territoriales actionnaires dans les organes délibérants..... | 146 |
| II. La détention de la majorité des sièges dans les organes délibérants par les collectivités territoriales actionnaires | 147 |
| § 2. <i>L'exercice des fonctions de direction par les élus locaux</i> | 148 |
| I. La représentation des collectivités territoriales dirigeantes par les élus locaux..... | 149 |

| | |
|---|-----|
| II. La concentration des pouvoirs de direction au profit des élus locaux | 151 |
| Chapitre 3. Le renforcement des contrôles sur les sociétés d'économie mixte locales | 155 |
| Section 1 Les contrôles exercés par les collectivités territoriales actionnaires | 156 |
| § 1. <i>Les contrôles des collectivités territoriales sur les actes de gestion des sociétés</i> | 156 |
| I. La surveillance accrue des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales actionnaires | 157 |
| II. L'affaiblissement des commissaires aux comptes dans la surveillance du fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales | 160 |
| § 2. <i>Le renforcement des contrôles des collectivités territoriales en cas de difficultés financières des sociétés</i> | 162 |
| I. L'immixtion des collectivités territoriales dans la détermination du sort des contrats avant la liquidation judiciaire | 164 |
| A. La paralysie du pouvoir de résiliation de l'administrateur judiciaire | 165 |
| B. La préservation du pouvoir de résiliation unilatérale des collectivités territoriales | 168 |
| II. La préservation des intérêts des collectivités actionnaires lors de la liquidation judiciaire | 169 |
| A. La cessibilité conditionnée des contrats des sociétés d'économie mixte locales | 170 |
| B. L'incessibilité des délégations de service public et des concessions d'aménagement des sociétés d'économie mixte locales | 171 |
| 1. <i>La résiliation d'office des délégations de service public et concessions d'aménagement</i> | 172 |
| 2. <i>Le retour automatique des biens attachés aux délégations de service public et aux concessions d'aménagement des sociétés d'économie mixte locales</i> | 174 |
| Section 2 Les contrôles des collectivités territoriales induits par l'actionnariat des sociétés d'économie mixte locales | 176 |
| § 1. <i>Les contrôles des collectivités territoriales actionnaires par le préfet</i> ... | 177 |
| I. Le contrôle indirect par l'obligation de transmission des actes des sociétés d'économie mixte locales | 177 |
| II. Le contrôle direct par l'obligation de transmission des délibérations des collectivités territoriales | 179 |

| | |
|--|------------|
| <i>§ 2. Les contrôles des collectivités territoriales actionnaires par le juge financier</i> | 180 |
| I. La gestion des sociétés d'économie mixte locales contrôlée par les chambres régionales et territoriales des comptes | 181 |
| II. Les dérives de l'actionnariat des collectivités territoriales soulignées par la Cour des comptes | 187 |
| CONCLUSION DU TITRE 2 | 191 |
| CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE | 193 |

SECONDE PARTIE

L'UTILISATION PERFECTIBLE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

| | |
|---|-----|
| TITRE 1: LA PRÉDOMINANCE D'UNE APPROCHE ORGANIQUE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE | 197 |
| Chapitre 1. Le développement de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales | 199 |
| Section 1 La banalisation des relations contractuelles..... | 200 |
| <i>§ 1. Le principe de la mise en concurrence des relations contractuelles</i> ... | 200 |
| I. L'introduction de la transparence pour les délégations de service public..... | 201 |
| II. La généralisation de la mise en concurrence à l'ensemble des relations contractuelles..... | 202 |
| A. La mise en concurrence des marchés publics | 202 |
| B. La mise en concurrence des concessions d'aménagement | 204 |
| <i>§ 2 L'abandon progressif de l'encadrement législatif des relations contractuelles</i> | 207 |
| Section 2 Le rejet de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles | 210 |
| <i>§ 1. L'interprétation restrictive des critères de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles</i> | 212 |
| I. L'impossible contrôle analogue de sociétés à capitaux mixtes.... | 213 |
| II. L'appréciation délicate du critère de l'activité dans les relations contractuelles | 219 |
| <i>§ 2. L'exclusion de la théorie des prestations intégrées étendue à l'ensemble des relations contractuelles</i> | 220 |

| | |
|---|------------|
| Chapitre 2. Les contournements de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales | 223 |
| Section 1 La suppression des obligations de mise en concurrence par la création de sociétés publiques locales | 226 |
| § 1. <i>Les sociétés publiques locales, sociétés à capitaux intégralement publics</i> | 226 |
| I. L'expérimentation de la société publique locale dans le secteur de l'aménagement | 227 |
| II. La pérennisation des sociétés publiques locales | 230 |
| A. La préservation du régime des sociétés publiques locales d'aménagement | 230 |
| B. L'extension de la compétence des sociétés publiques locales à toute activité d'intérêt général | 232 |
| § 2. <i>Les sociétés publiques locales, prestataires potentiellement intégrés aux collectivités territoriales</i> | 235 |
| I. La détention publique de l'intégralité du capital, critère insuffisant à la reconnaissance d'un prestataire intégré | 236 |
| II. La détention publique de l'intégralité du capital, indice de la transparence de la société | 238 |
| Section 2 Le déplacement des obligations de mise en concurrence par la création de partenariats public-privé institutionnalisés | 240 |
| § 1. <i>La mise en concurrence des actionnaires minoritaires lors de la constitution de la société</i> | 242 |
| § 2. <i>L'éviction de la mise en concurrence dans les relations contractuelles de la société avec les collectivités territoriales</i> | 244 |
| I. Une éviction incertaine au regard du droit de la commande publique | 244 |
| A. La validation du partenariat public-privé institutionnalisé par la Cour de Justice de l'Union européenne | 245 |
| B. L'opposition du Conseil d'État à la technique du partenariat public-privé institutionnalisé | 247 |
| II. Une éviction discutable au regard du droit de la concurrence... | 250 |
| CONCLUSION DU TITRE 1..... | 255 |
| TITRE 2: LA NÉCESSITÉ D'UNE APPROCHE RELATIONNELLE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE..... | 257 |
| Chapitre 1. Le dépassement des obligations de transparence dans les relations avec les collectivités territoriales | 259 |

| | |
|---|------------|
| Section 1 L'applicabilité de la théorie des prestations intégrées aux relations contractuelles..... | 260 |
| § 1. Une théorie adaptée aux structures de partenariat entre le secteur public et le secteur privé | 261 |
| I. Une théorie fondée sur une approche relationnelle | 261 |
| II. Les sociétés d'économie mixte locales, prestataires intégrés... | 264 |
| § 2. Une théorie étonnamment limitée aux structures de coopération entre personnes publiques..... | 267 |
| I. L'évolution des critères de la prestation intégrée..... | 267 |
| A. L'assouplissement des critères dans les relations avec des organismes de coopération intercommunale..... | 268 |
| B. L'abandon des critères en cas de mutualisation contractuelle des services | 272 |
| II. Les faiblesses théoriques de la notion de prestation intégrée. | 274 |
| Section 2 La société d'économie mixte locale, technique d'externalisation d'un service public..... | 277 |
| § 1. L'habilitation contractuelle des sociétés d'économie mixte locales à gérer un service public..... | 278 |
| I. Les fondements discutables de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales chargées d'une mission de service public..... | 278 |
| II. L'efficacité limitée de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales chargées d'une mission de service public | 281 |
| § 2. L'inutilité du lien contractuel entre les sociétés d'économie mixte locales et les collectivités territoriales..... | 284 |
| I. L'exercice de missions de service public par les sociétés d'économie mixte locales | 285 |
| II. Le recours aux sociétés d'économie mixte locales envisageable en dehors du cadre contractuel..... | 288 |
| Chapitre 2. L'extension des obligations de transparence aux relations avec des tiers | 293 |
| Section 1 Les sociétés d'économie mixte locales, pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices | 294 |
| § 1. L'assimilation conditionnée des sociétés d'économie mixte locales à des pouvoirs adjudicateurs..... | 295 |
| I. Les sociétés d'économie mixte locales, organismes de droit public au sens de la directive 2004/18/CE | 296 |

| | |
|---|------------|
| II. Les sociétés d'économie mixte locales, organismes de droit public au sens des ordonnances des 6 juin 2005 et 15 juillet 2009..... | 303 |
| § 2. <i>L'assimilation automatique des sociétés d'économie mixte locales à des entités adjudicatrices</i> | 307 |
| Section 2 La mise en concurrence des contrats des sociétés d'économie mixte locales..... | 309 |
| § 1. <i>La mise en concurrence des contrats de droit privé des sociétés d'économie mixte locales</i> | 309 |
| I. La multiplication des obligations de mise en concurrence des marchés des sociétés d'économie mixte locales prestataires des collectivités territoriales..... | 310 |
| II. L'extension des obligations de mise en concurrence à l'ensemble des contrats des sociétés d'économie mixte locales.... | 314 |
| § 2. <i>La requalification éventuelle des contrats des sociétés d'économie mixte locales en contrats administratifs</i> | 317 |
| I. L'approche classique des relations contractuelles par la théorie du mandat..... | 318 |
| II. L'approche renouvelée des relations contractuelles par la théorie de la transparence..... | 320 |
| CONCLUSION DU TITRE 2 | 323 |
| CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE | 325 |
| CONCLUSION | 327 |
| BIBLIOGRAPHIE | 329 |
| I. <i>Ouvrages généraux</i> | 329 |
| II. <i>Ouvrages spécialisés</i> | 331 |
| III. <i>Thèses et mémoires</i> | 334 |
| IV. <i>Répertoires et Juris-Classeurs</i> | 337 |
| V. <i>Documents législatifs et rapports</i> | 338 |
| VI. <i>Articles</i> | 339 |
| VII. <i>Conclusions et notes</i> | 364 |
| INDEX DES DÉCISIONS | 379 |
| TABLE CHRONOLOGIQUE DES TEXTES CITÉS | 395 |
| INDEX THÉMATIQUE | 403 |
| TABLES DE MATIERES | 406 |