



HAL
open science

La Sem à opération unique, Frankenstein juridique ?

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. La Sem à opération unique, Frankenstein juridique ?. Revue Lamy Collectivités territoriales, 2014, 105, pp.30-34. hal-02025434

HAL Id: hal-02025434

<https://hal.science/hal-02025434v1>

Submitted on 19 Feb 2019

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.

La Sem à opération unique, Frankenstein juridique ?

Sébastien Brameret,

Maître de conférences,

Vice-doyen, chargé des relations internationales,

Membre du Groupe de recherches en droit public économique (GRDPE),

Université Grenoble Alpes

La loi du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique tente d'importer dans le droit français un concept d'origine européenne : le partenariat public-privé institutionnalisé. Pas tout à fait société, mais plus réellement contrat, la SEMOP se situe dans un entre-deux juridique duquel peut résulter un certain nombre de difficultés pratiques.

L. n° 2014-744, 1^{er} juillet 2014, permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, JO, 2 Juillet 2014

En une dizaine d'années, le législateur français a profondément modifié le paysage institutionnel de l'action publique économique locale. Après avoir procédé à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales¹, il a créé de nouvelles formes de société à capital public : la société publique locale d'aménagement² et la société publique locale³. L'instauration d'une société d'économie mixte à opération unique⁴ s'inscrit dans la continuité directe de ce mouvement. L'objet de la loi est simple : importer dans le droit français le nouveau modèle de partenariat public-privé, dit « institutionnalisé », tel qu'imaginé par la Commission européenne⁵. La loi du 1^{er} juillet 2014 vient ainsi clore une réflexion parlementaire demeurée inaboutie autour de l'idée de société locale de partenariat⁶.

L'intérêt du nouvel instrument est résumé par l'exposé des motifs de la proposition de loi à l'origine du texte : « *allier les valeurs de la gestion directe en redonnant à la collectivité la maîtrise de son service public et les atouts de la gestion déléguée en faisant appel aux compétences et à l'innovation d'un opérateur privé* »⁷. L'idée est de

¹ Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JO*, 3 janv. 2002, p. ; *AJDA* 2002, p. 139 et s., note Devès ; *RFD adm.* 2002, p. 923 et s., note Sestier.

² Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (ENL), *JO*, 16 juil. 2006, *JCP A*, sept. 2006, étude 1219, note Devès.

³ Loi n° 2010-559, 28 mai 2010, pour le développement des sociétés publiques locales, *JO*, 29 mai 2010, *RLCT* 2010/60, dossier spécial Sociétés publiques locales; Entreprises publiques locales (SEM, SPLA, SPL), Bizet J.-F., Lamy Axe Droit, 2^{ème} édition, oct. 2012 ; *JCP A* 2010, 2229, note Devès ; *AJDA* 2010, p. 1759 et s., note Nicinski

⁴ Loi n° 2014-744, 1^{er} juillet 2014, permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, *JO*, 2 juil. 2014, *Contrats Marchés publ.*, 2014, n° 8-9, comm. 214, *Dr. Adm.*, 2014, n° 10, étude 15.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ Proposition de loi n° 81, enregistré à la Présidence du Sénat le 16 octobre 2013, *tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat*.

favoriser la synergie des compétences en regroupant au sein d'une même société des collectivités territoriales et leurs partenaires privés, plutôt que de recourir à une chaîne de contrats. L'investisseur privé, encouragé à participer au capital de la société, se verra directement impliqué dans la réalisation du contrat, attribué à la société sans mise en concurrence. En créant la société d'économie mixte à opération unique (dont l'acronyme « SEMOU » a été remplacé par celui, plus élégant semble-t-il, de « SEMOP »), la loi du 1^{er} juillet introduit une nouvelle forme de société commerciale dans le droit français. Plus qu'un contrat (I), mais moins qu'une société (II), la loi du 1^{er} juillet 2014 place ce nouvel instrument dans un entre-deux juridique, fragilisant d'autant son existence.

I. La société d'économie mixte à opération unique, bien plus qu'un contrat

Dans les six propositions de loi déposées au Parlement, la tension entre institution et contrat était résumée par le nom même de l'instrument : société d'économie mixte-contrat⁸. Le nom de *SEM-contrat* a été changé en celui de *SEM à opération unique* lors de la première lecture au Sénat, « afin de mettre en exergue le fait que cette nouvelle catégorie d'entreprise publique locale se caractérise par un champ d'activité limité à l'exécution d'un contrat unique qui constitue l'objet de la future SEM »⁹. Il n'en demeure pas moins que l'institution créée ne saurait être limitée à son opération unique. Elle demeure une société commerciale (A), à capital mixte (B), porteuse d'un potentiel partenariat public-privé institutionnalisé (C).

A - Une société commerciale

La société d'économie mixte à opération unique appartient indubitablement à la catégorie plus vaste des sociétés à capital public. La loi du 1^{er} juillet crée à cet égard un nouveau titre au sein du Livre V du code général des collectivités territoriales : après ceux consacrés aux sociétés d'économie mixte locales (Titre II) et aux sociétés publiques locales (Titre III), le législateur a regroupé l'ensemble des dispositions relatives à cette nouvelle structure sous un nouveau titre (Titre IV).

La société d'économie mixte à opération unique s'inspire ainsi des caractéristiques principales de la société d'économie mixte locale. Parmi celles-ci figure d'abord la soumission de principe de l'entreprise aux règles du code de commerce relatives aux sociétés commerciales. La loi reprend ainsi une formule devenue classique : « sous réserve du présent titre, la société d'économie mixte à opération unique revêt la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et par le titre II du présent livre »¹⁰.

⁸ Prop. L. Sénat n° 81 (Jean-Léonce Dupont, UDI, sénateur et plusieurs de ses collègues), tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat (16 oct. 2013) ; Prop. L. Sénat n° 80 (Antoine Lefèvre, UMP, et plusieurs de ses collègues), tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat (16 oct. 2013) ; Prop. L. Sénat n° 78 (Daniel Raoul, socialiste, et plusieurs de ses collègues) tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat (16 oct. 2013) ; Prop. L. AN n° 1487 (Jean-Marie Sermier, UMP, et plusieurs de ses collègues), tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat (23 oct. 2013) ; Prop. L. AN n° 1484 (Philippe Vigier, UDI, et plusieurs de ses collègues), tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat (23 oct. 2013) ; Prop. L. AN n° 1521 (Erwann Binet, SRC, et plusieurs de ses collègues) tendant à la création de sociétés d'économie mixte dites SEM contrat (6 nov. 2013).

⁹ J. Mézard, Rapport n° 199 (2013-2014), fait au nom de la commission des lois, déposé le 4 décembre 2013, p. 16.

¹⁰ CGCT, art. L. 1541-1 II.

Le principal ajustement de la législation sur l'économie mixte locale est la possibilité de limiter le nombre d'actionnaires à deux, et non pas sept comme l'impose le droit commun des sociétés,¹¹ applicable aux sociétés d'économie mixte locales¹². La loi généralise ainsi une évolution amorcée par la loi du 28 mai 2010 à propos des sociétés publiques locales¹³. Il s'agit de favoriser la création de telles sociétés, en rendant leur constitution plus simple.

B - Une société à capital mixte

La société d'économie mixte à opération unique appartient à la catégorie générique des sociétés d'économie mixte. Elle est nécessairement créée par « *une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales (...) avec au moins un actionnaire opérateur économique* »¹⁴. Ce qui distingue la société d'économie mixte à opération unique de la société d'économie mixte locale est la possibilité désormais accordée aux collectivités de créer des sociétés dont elles ne sont pas les actionnaires majoritaires, « *la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales (devant détenir) entre 34 % et 85 % du capital de la société* »¹⁵. La loi du 1^{er} juillet 2014 met ainsi fin à une interdiction remontant aux premières lois de la décentralisation. Désormais, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent prendre des participations dans le capital de sociétés qui n'appartiennent pas au secteur public.

La création de la société d'économie mixte à opération unique répond à une demande récurrente des collectivités territoriales de pouvoir créer des sociétés dont elles ne seraient pas nécessairement les actionnaires majoritaires. L'intérêt d'un tel abaissement des seuils serait de favoriser l'investissement privé, en permettant aux actionnaires privés d'être plus que de simples spectateurs des décisions adoptées par les collectivités territoriales actionnaires majoritaires.

La loi pose une triple limite. D'abord, les collectivités territoriales ou leurs groupements doivent détenir au minimum la minorité de blocage (34 % des voix dans les organes délibérants), afin de pouvoir peser sur les prises de décisions en interne. Ensuite, « *la part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne (puisse) être inférieure à 15 %* »¹⁶, afin de favoriser l'émergence d'un véritable partenariat entre le secteur public et le secteur privé par la création d'une telle société. Enfin, ne pourront être actionnaires que des collectivités territoriales ou leurs groupements détenant en propre la compétence objet du contrat. En cas « *de transformation, de fusion ou de rattachement de la collectivité territoriale actionnaire (...) au sein d'une autre collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales* » ou « *de transfert de la compétence qui fait l'objet du contrat (...) au bénéfice d'une autre collectivité territoriale ou d'un autre groupement de collectivités territoriales* », l'actionnaire public est tenu de céder ses actions, à valeur nominale, à la date de la transformation, de la fusion, du rattachement ou du transfert¹⁷. La loi ne

¹¹ Code com., art. L. 225-1.

¹² CGCT, art. L. 1522-1.

¹³ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JO*, 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.

¹⁴ CGCT, art. L. 1541-1 I.

¹⁵ CGCT, art. L. 1541-1 III.

¹⁶ CGCT, art. L. 1541-1 III.

¹⁷ CGCT, art. L. 1541-3.

règle pas la délicate question de la gestion de compétences partagées entre plusieurs collectivités. Sur une question identique posée à propos des sociétés publiques locales, le juge administratif a, pour l'instant, fourni des réponses contradictoires¹⁸.

Il est également regrettable que le législateur ne se soit pas saisi de ces débats pour clarifier la situation des collectivités territoriales actionnaires. Leur situation varie en fonction de l'investissement envisagé : entre 0 et 33,99 % et entre 85 et 99,99 %, le principe d'interdiction de la participation publique est maintenu ; entre 34 et 49,99 %, les collectivités territoriales peuvent créer une société d'économie mixte à opération unique ; entre 50 et 84,99 %, elles ont le choix entre une société d'économie mixte à opération unique et une société d'économie mixte locale ; dès lors qu'elles détiennent l'intégralité du capital social, elles ont le choix entre une société publique locale d'aménagement et une société publique locale. Cette multiplication des seuils et des instruments (et donc des régimes juridiques applicables) est fortement nuisible à la lisibilité et à l'efficacité de l'action publique locale.

Enfin, la loi ne règle pas la délicate question de la « privatisation » éventuelle d'une société d'économie mixte à opération unique. Le passage, en cours de vie sociale, d'une participation publique en deçà du seuil des 50 % est-il assimilable à un « *transfert d'entreprise du secteur public au secteur privé* », au sens de l'article 34 de la Constitution ? Dans ce cas, seul le législateur serait compétent pour procéder à une telle opération. La question de l'éventuelle soumission des entreprises du secteur public local au régime général des privatisations d'entreprises n'est ni nouvelle, ni réellement résolue¹⁹. L'ordonnance du 20 août 2014 réformant en profondeur le régime des privatisations d'entreprises publiques en apporte une nouvelle illustration²⁰. Son article 1^{er} dispose que « *la présente ordonnance est applicable aux sociétés commerciales dans lesquelles l'État ou ses établissements publics détiennent seuls ou conjointement, directement ou indirectement, une participation au capital* », excluant par la même de son champ d'application les privatisations locales. Dans le silence de la loi, il semble que les collectivités territoriales bénéficient d'une liberté accrue pour procéder à de telles cessions. Une clarification de ce point aurait été, à tout le moins, appréciable.

C - Un partenariat public-privé institutionnalisé ?

Les propositions de loi reprennent les conditions de création des sociétés d'économie mixte locales. D'une part, l'initiative publique est préservée, seuls des collectivités territoriales et leurs groupements étant autorisés à créer de telles sociétés, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi. D'autre part, l'objet social de ces sociétés reste limité à la réalisation d'une opération de construction ou d'aménagement, la gestion d'un service public ou toute autre activité d'intérêt général²¹.

¹⁸ Sur cette question, v. TA Lille, Ordo. n° 120179, 29 mars 2012, *Communauté de communes Sambre Avesnois*, *AJDA*, 2012/27, note S. Brameret et, *contra.*, TA Rennes, 11 avril 2013, n° 1203243, Préfet des Côtes-d'Armor, RLC, 2013/36, note S. Brameret.

¹⁹ En ce sens, v. D. Broussolle, « Les privatisations locales », *AJDA*, 1993, p. 323 ets.

²⁰ Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, *JO*, 23 août 2014, p. 14009.

²¹ CGCT, art. L. 1541-1 I (v. 2.a).

Par contre, une indétermination majeure demeure : la loi ne définit pas la notion d'opérateur économique. Dans sa version issue des propositions de loi, la société devait être constituée « *avec au moins une personne privée* »²². Dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} juillet, l'article L. 1541-1 du code général des collectivités territoriales prévoit que la société est créée « *avec au moins un actionnaire opérateur économique* ». Les sénateurs ont justifié cette évolution par le fait de « *ne pas préjuger de la forme juridique et de la propriété du cocontractant* » pour, notamment, « *ne pas exclure certaines personnes publiques, tels que les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), de la possibilité d'être actionnaires opérateurs* »²³. Le risque est alors très grand que de nombreuses sociétés soient, en pratique, constituées autour d'actionnaires publics ou parapublics (tels que des sociétés membres du groupe Caisse des dépôts), remettant largement en cause la réalité du partenariat public-privé.

II. La société d'économie mixte à opération unique, bien moins qu'une société

Malgré ses apparences, la société d'économie mixte à opération unique est teintée d'une grande originalité. Elle tire de sa nature très fortement contractuelle certaines caractéristiques difficilement compatibles avec celles de sociétés commerciales : objet social unique (A), mise en concurrence des actionnaires (B) et durée de vie limitée (C).

A -Un objet social unique

Il s'agit de l'une des principales innovations du texte : l'opération unique. Contrairement aux sociétés commerciales classiques – et par conséquent contrairement aux autres entreprises à participation publique –, la société d'économie mixte à opération unique ne peut être créée que pour une activité unique, objet d'un contrat unique et « *exclusif* »²⁴.

La loi donne une définition extensive du champ des activités pouvant être confiées à un tel opérateur. Reprenant très largement la législation applicable aux sociétés d'économie mixte locales et aux sociétés publiques locales, l'article L. 1541-1 I du code prévoit qu'une telle société peut être créée pour : « *1° soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ; 2° soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service ; 3° soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales* ».

Par contre, la loi impose une limitation très importante aux pouvoirs des actionnaires, en interdisant toute modification de l'objet social « *pendant toute la durée du contrat* »²⁵. Il est donc impossible pour la société d'avoir des activités complémentaires, ni de pouvoir obtenir des financements complémentaires à ceux liés à son objet social-contrat unique. Cette limitation – plus réductrice que le principe de spécialité applicable aux établissements publics ! – pose nécessairement la

²² Art. 2 de la proposition de loi n° 81.

²³ J. Mézard, Rapport n° 614 (2013-2014), fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 juin 2014, p. 9.

²⁴ CGCT, art. L. 1541-1 I.

²⁵ CGCT, art. L. 1541-1 I.

question de la viabilité économique d'une telle structure. La rentabilité économique d'entreprises chargées de la gestion d'une activité de service public ne semble pas discutable – de nombreuses sociétés d'économie mixte locales sont chargées d'une mission de service public unique, tel que le transport urbain de voyageurs par exemple. En revanche, cette viabilité économique sera plus difficile à atteindre pour les sociétés chargées d'opérations ponctuelles d'aménagement ou de construction. La question se posera avec davantage d'acuité pour les sociétés créées par de petites collectivités territoriales et/ou pour des projets de faible envergure (aménagement d'une zone commerciale ou industrielle, électrification d'un quartier ou d'une ville, pose de fibre optique, câblage de bâtiments publics, etc.).

B -Une mise en concurrence des actionnaires

Autre innovation législative majeure, l'obligation de mise en concurrence qui pèse normalement dans les relations entre une collectivité territoriale et une société commerciale est déplacée au stade de la création de la société. Il ne s'agit pas de contourner les règles de mise en concurrence comme le permet la théorie des prestations intégrées (ou relations *in house*). Dans le cas des sociétés d'économie mixte à opération unique, l'obligation de mise en concurrence des partenaires des collectivités territoriales est simplement déplacée. Ainsi, « *la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence* »²⁶.

Ce principe est déroutant au regard de l'appréhension juridique classique de la société. Le droit des sociétés traduit la volonté des associés « *d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou les économies qui en résultent* »²⁷. La constitution d'une société commerciale repose sur le principe de la concertation entre les futurs partenaires sur les intérêts et les modalités de leur association. Elle est, de ce fait, très peu réglementée. Au contraire, la société d'économie mixte à opération unique confirme la prééminence des actionnaires publics puisqu'il leur revient de mettre en concurrence leur associé privé et, *in fine*, de le choisir sur des critères prédéterminés par le Code général des collectivités territoriales.

Les modalités concrètes de la mise en concurrence dépendent du type de contrat que la société a vocation à signer avec ses actionnaires publics : délégation de service public, concession de travaux, d'aménagement ou marché public²⁸. De la même sorte, « *les critères de sélection des candidats sont définis et appréciés par la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales conformément aux règles applicables selon la nature du contrat destiné à être conclu* »²⁹. Pour davantage de sécurité, la loi impose également aux collectivités territoriales d'établir un « *document de préfiguration* », devant comporter : « *1° les principales caractéristiques de la société d'économie mixte à opération unique : la part de capital que la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales souhaite détenir ; les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont la collectivité ou*

²⁶ CGCT, art. L. 1541-2 I.

²⁷ C. com., art. 1832.

²⁸ CGCT, art. L. 1541-2 I.

²⁹ CGCT, art. L. 1541-2 IV.

le groupement de collectivités souhaite disposer sur l'activité de la société définies, le cas échéant, dans un pacte d'actionnaires ; les règles de dévolution des actifs et passifs de la société lors de sa dissolution ; 2° le coût prévisionnel global de l'opération pour la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et sa décomposition »³⁰. La loi reste cependant silencieuse sur les conséquences juridiques de l'absence ou de la malfaçon de ce document.

La loi impose par ailleurs aux candidats-actionnaires de « *respecter les conditions de recevabilité des candidatures propres à la procédure applicable au contrat destiné à être conclu* »³¹. Il s'agit d'éviter que des personnes ne pouvant se porter candidates à l'obtention du contrat en cause contournent cette interdiction par l'intermédiaire de la société. Cela pourrait, par exemple, être le cas d'un établissement public souhaitant candidater à l'actionnariat d'une société intervenant dans un domaine ne relevant pas de son domaine de compétence.

La loi cherche à faire gagner du temps aux collectivités territoriales, en remplaçant une double procédure d'attribution d'un contrat (phase un : la création d'une société ; phase deux : la mise en concurrence de la société et l'attribution du contrat) par une procédure double (1^{er} temps : sélection d'un actionnaire-opérateur économique après mise en concurrence ; 2nd temps : attribution directe du contrat à la société nouvellement créée). Cette procédure double présente également l'avantage de sécuriser l'acte contractuel. Lorsqu'une collectivité territoriale crée une société d'économie mixte locale, elle ne peut pas être certaine que celle-ci obtiendra, à l'issue de la phase de mise en concurrence, le contrat pour lequel elle a été créée (même si, dans la pratique, les hypothèses contraires sont extrêmement rares). La loi organise cette procédure double au sein de l'article L. 1541-2 du code général des collectivités territoriales : une fois le choix du ou des actionnaires réalisé, les statuts de la société « *sont arrêtés et publiés* » (alinéa V) et « *le contrat (...) est conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique, qui est substituée au candidat sélectionné pour l'application des modalités de passation prévues selon la nature du contrat* » (alinéa VI). La mise en concurrence unique permet ainsi à la fois la sélection du partenaire et l'attribution du contrat à la société.

C -Une durée de vie limitée

Dernière caractéristique, la société d'économie mixte à opération unique est créée « *pour une durée limitée* »³², correspondant à l'existence du contrat-objet social. Par conséquent, elle « *est dissoute de plein droit au terme du contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré* »³³. Là encore, le législateur s'éloigne très fortement du modèle classique de la société commerciale, créée pour une durée maximale de 99 ans, renouvelable, ce qui lui confère, de fait, une existence indéfinie. La société s'éloigne d'autant de l'idée d'institution.

³⁰ CGCT, art. L. 11541-1 III.

³¹ CGCT, art. L. 1541-2 II.

³² CGCT, art. L. 1541-1 I.

³³ CGCT, art. L. 1541-1 IV.

La rédaction de la loi s'explique par le fait que la création d'une telle société ne doit pas avoir pour conséquence de permettre de contourner les règles de mise en concurrence de la commande publique. Le législateur était placé devant une alternative : soit faire de la société d'économie mixte à opération unique une société commerciale au sens classique du droit des sociétés et imposer que tout nouveau contrat passé en cours de vie sociale soit soumis aux règles de la commande publique ; soit lier l'existence de la société et à la durée d'un contrat unique. Il a fait le choix de l'originalité, en instaurant dans le paysage juridique français un nouveau type de société commerciale : la société à durée limitée.

Ce choix n'est pas neutre et il aura des conséquences quant à l'attractivité de la nouvelle formule auprès des potentiels actionnaires-opérateurs économiques. En effet, la création d'une société commerciale n'est pas un acte juridique anecdotique. Elle nécessite l'accomplissement d'un certain nombre de procédures et engendre nécessairement des coûts pouvant être parfois élevés. La question sera dès lors celle de savoir si des opérateurs économiques privés seront attirés par cette nouvelle technique de collaboration avec des collectivités territoriales, alors qu'ils pourraient arriver aux mêmes résultats en se contentant de répondre directement à des appels d'offres.

Au final, il est permis de s'interroger sur l'intérêt même d'une telle réforme législative. La nouvelle structure combine en effet les contraintes juridiques de la création d'une société commerciale et les risques financiers inhérents à la réalisation d'un contrat unique. Il serait peut-être plus opportun que les collectivités territoriales et leurs groupements acceptent, une bonne fois pour toutes, l'idée selon laquelle l'obligation de mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales n'est pas un frein à leur développement mais, au contraire, un gage de leur efficacité au service de leurs actionnaires publics.