



HAL
open science

Les sociétés publiques locales, toujours menacées ?

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Les sociétés publiques locales, toujours menacées ? : note sous Aut. conc., avis, 24 nov. 2011, n° 11-A-18. Revue Lamy Collectivités territoriales, 2012, 79, pp.43-45. hal-02025688

HAL Id: hal-02025688

<https://hal.science/hal-02025688>

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.

CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

Les sociétés publiques locales, toujours menacées ?

Les sociétés publiques locales ont été créées pour pallier les insuffisances attribuées aux sociétés d'économie mixte locales. Sociétés à capital intégralement public, elles ont vocation à nouer des relations contractuelles avec les collectivités territoriales actionnaires en dehors des obligations de mise en concurrence. L'Autorité de la concurrence souligne cependant que les collectivités territoriales doivent manier ce nouvel instrument avec la plus grande vigilance. Il n'est pas certain que l'objectif d'éviction de la commande publique est pleinement atteint. Les sociétés publiques locales restent par ailleurs soumises à la réglementation sur les aides d'État.

Photo

Par Sébastien BRAMERET

Maître de conférences à l'Université Grenoble II

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

Aut. conc., avis, 24 nov. 2011, n° 11-A-18

RLCT XXXX

Près de deux ans après leur création par la loi du 28 mai 2010, les sociétés publiques locales suscitent toujours autant de controverses (*L. n° 2010-559, 28 mai 2010, JO 29 mai, p. 9697, JCP A 2010, n° 2229, note Devès C., AJDA 2010, p. 1759 et s., note Nicinski S., RLCT, 2010/60, Dossier spécial*). La période récente a été propice à son alimentation en arguments nouveaux. L'Autorité de la concurrence a, en premier lieu, incité les collectivités territoriales à faire preuve de la plus grande diligence dans le maniement de cet outil (*Aut. conc., 24 nov. 2011, n° 11-A-18, Avis relatif à la création des sociétés publiques locales, AJDA 2011, p. 1880, note Nicinski S., Contrats, conc., consom. 2012, comm. 26, note Prébissy-Schnall C.*). Le MEDEF a, en deuxième lieu, saisi la Commission européenne d'un recours contre la loi du 28 mai 2010, en invoquant la violation du droit de la concurrence (*Chauveau J., Le Medef porte plainte contre la loi sur les SPL, Les Échos, 27 janv. 2012*). En troisième et dernier lieu, une circulaire du 25 janvier 2012 a fait du contrôle des contrats des collectivités territoriales avec les sociétés publiques locales une « *priorité nationale* », exprimant ainsi les réserves de l'administration à l'encontre de cette structure (*Circ. 25 janv. 2012, NOR : IOCB1202426C, p. 3*). À chaque fois, c'est le fondement même de l'utilisation des sociétés publiques locales qui est remis en cause. Le débat sur l'efficacité de la société publique locale comme technique de contournement du droit européen de la concurrence en est d'autant relancé.

Dans son avis du 24 novembre 2011, l'Autorité de la concurrence rappelle que la société publique locale ne saurait être par principe exclue du champ concurrentiel, contrairement à l'analyse que peuvent en avoir certaines juridictions financières. Pour certaines chambres régionales et territoriales des comptes, la transformation d'une société d'économie mixte locale en société publique locale leur permet d'évoluer « *désormais en dehors du champ concurrentiel* » (*v. en ce sens Ch. rég. comptes Réunion, 20 juill. 2011, n° G11-190, Rapp. d'obs. définitives SEML Réunion Muséo*). De plus, elle s'interroge sur la compatibilité de certains mécanismes de financement de ces sociétés avec l'encadrement européen des aides d'État. Elle recommande aux collectivités territoriales « *d'être particulièrement vigilantes* » (*Aut. conc., 24 nov. 2011, précité, points 98 et 99*) lorsqu'elles créent de telles structures ou souhaitent recourir à leurs services. Plus spécifiquement, ces mises en garde concernent aussi bien l'application des règles de la commande publique (I) que celles des aides d'État (II) aux sociétés publiques locales.

I – LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES ET LA COMMANDE PUBLIQUE

L'autorité de la concurrence était saisie d'une double question, pour déterminer si les sociétés publiques locales peuvent bénéficier de la théorie des prestations intégrées pour l'obtention de délégations de service public, mais également si elles doivent elles-mêmes procéder à une mise en concurrence des marchés publics conclus avec des tiers. D'une façon générale, elle était saisie de la question du déplacement des obligations de mise en concurrence du stade de l'attribution d'une activité de service public par les actionnaires publics à celui de la passation de marchés publics pour la réalisation de cette activité. Elle y répond en affirmant – de façon pour le moins paradoxale – la dualité de ces obligations de mise en concurrence : leur exclusion dans les relations des sociétés publiques locales avec les collectivités territoriales n'est que potentielle (A), alors même que ces règles sont étendues aux relations des sociétés avec des tiers (B).

A.- L'exclusion potentielle des règles de la commande publique dans les relations avec les collectivités territoriales

Les sociétés publiques locales ont été instituées pour pallier certaines insuffisances attribuées aux sociétés d'économie mixte locales. En particulier, ces dernières ne peuvent pas bénéficier de la théorie des prestations intégrées dans leurs relations contractuelles avec les collectivités territoriales, même lorsqu'elles sont leurs actionnaires (*v. Brameret S., Les relations des collectivités territoriales avec les Sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 271*). Développée par la Cour de justice de l'Union européenne, la théorie des prestations intégrées permet de caractériser l'existence d'une relation *in house* entre des personnes publiques et certains de leurs démembrés dotés de la personnalité morale. Ainsi qualifiées, ces relations échappent aux obligations de mise en concurrence (*CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal SRL, Rec. CJCE 1999, I, p. 8121, BJCP 2000, n° 8, p. 43 et s., concl. Cosmas G.*).

La Cour de justice a refusé de faire bénéficier les sociétés d'économie mixte locales de la théorie des prestations intégrées, estimant que la détention d'une fraction de leur capital social par des personnes autres que des collectivités territoriales empêche d'en faire de simples démembrés des collectivités territoriales (*CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle et RPL Lochau, Rec. CJCE 2005, I, p. 26, BJCP 2005, n° 40, p. 180 et s., concl. Stix-Hackl C.*). Le principal objectif de la loi du 28 mai 2010 était alors de permettre aux collectivités territoriales de disposer d'un instrument avec lequel elles pourraient entretenir des relations *in house*.

L'avis rendu par l'Autorité de la concurrence le 24 novembre 2011 se place, de ce point de vue, dans la stricte continuité de l'interprétation prétorienne de la théorie des prestations intégrées. Elle reprend les deux critères dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne : le critère de la domination, les collectivités territoriales actionnaires devant exercer sur les sociétés un contrôle à celui qu'elles exercent sur leurs propres services ; le critère de l'activité, les prestations intégrées devant exercer l'essentiel de leurs activités au profit de leurs actionnaires publics (*CJCE, 18 nov. 1999, précitée, point 50*). L'Autorité de la concurrence ajoute un troisième critère : la détention de l'intégralité du capital social de la structure par des collectivités territoriales (*Aut. conc., 24 nov. 2011, précité, point 38*). Il s'agit moins d'un critère nouveau que d'une précision de la Cour de justice concernant le critère du contrôle analogue.

L'interprétation des critères de la relation *in house* dégagés par la Cour de justice conduit à relativiser l'assimilation automatique des sociétés publiques locales à des prestataires intégrés aux collectivités territoriales. 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 aux sociétés publiques locales ne pose pas de réelles difficultés. Ces sociétés sont en effet créées pour la satisfaction exclusive des besoins de leurs actionnaires et ne pouvant exercer leurs missions que sur leur territoire (*CGCT, art. L. 1531-1*). Comme les sociétés publiques locales d'aménagement, le champ d'intervention des sociétés publiques locales est limité à celui de leurs actionnaires.

La Cour de justice est en revanche plus stricte pour caractériser l'existence d'un contrôle analogue (*sur la notion de contrôle analogue v. Noguellou R., La notion de contrôle analogue, RLCT 2010/60, n° 1706*). La détention de l'intégralité du capital n'est qu'un indice de l'existence d'un contrôle analogue. La jurisprudence « Carbotermo » ne fait que renforcer une présomption de contrôle analogue pour les sociétés intégralement publiques (*CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, Carbotermo, Rec. CJCE 2006, I, p. 4137, point 38*). Se pose la question des modalités d'appréciation de la nature du contrôle. Celle-ci est nécessairement effectuée *in concreto* (*Linditch F., Le in house finalement sauvé par la Cour de justice des Communautés européennes ?, JCP A 2006, n° 1125*), à partir d'un faisceau d'indices permettant au juge de constater que le contrôle de l'entité n'est pas « précaire » (*CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen, Rec. CJCE 2005, I, p. 8585, point 67*). 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 compétences ou qu'existent au profit de ses organes internes des pouvoirs de gestion ordinaire ou extraordinaire de la société. L'autonomie peut 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 » (*CJCE, 13 oct. 2005, précitée, point 68*) 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 » (*CJCE, 11 mai 2006, précitée, point 38*). 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.

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 ». L'Autorité de la concurrence, s'appuyant sur cette jurisprudence, souligne l'existence d'un doute quant à l'assimilation des sociétés publiques locales (SPL) à des prestations intégrées aux collectivités territoriales. Il appartient dès lors « aux statuts, qui seront fixés pour chaque SPL au moment de sa création, de mettre en place les moyens d'un contrôle adéquat » (*Aut. conc., 24 nov. 2011, précité, point 45*). L'Autorité répond ainsi à Catherine Bergeal, selon laquelle « les élus devront (...) avoir le pouvoir » au sein de la société. Il s'agit d'une « condition sine qua non » de l'application de la théorie des prestations intégrées (*Bergeal C., Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi, AJDA 2010, p. 1228*). Il faut toutefois relever que l'Autorité de la concurrence ne donne pas d'exemple concret de ce contrôle.

Contrairement à l'enthousiasme affiché par les promoteurs de la loi du 28 mai 2010, il est difficile, à la lecture de l'avis du 24 novembre 2011, de maintenir l'idée selon laquelle « les sociétés publiques locales remplissent sans ambiguïtés (les) deux conditions (de la théorie des prestations intégrées) » (*Schoestek J.-P., RLCT 2010/60, n° 1707*). Cet enthousiasme doit également être tempéré par le fait que les sociétés publiques locales sont elles-mêmes soumises à une obligation de mise en concurrence de leurs contrats avec des tiers.

B.- L'application extensive des règles de la commande publique dans les relations avec des tiers

Les obligations de mise en concurrence ne sont pas cantonnées aux seules relations contractuelles entretenues par les sociétés publiques locales avec leurs actionnaires publics. Dès lors qu'un contrat a pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services et 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 concurrence (*v. Dir. n 2004/17/CE, 31 mars 2004, et Dir. n° 2004/18/CE, 31 mars 2004, JOUE 30 avr. 2004, n° L. 134 ; Zimmer W., Contrats marchés publ. juin 2004, p. 5*).

Les obligations de mise en concurrence ne sont pas réservées aux seules personnes publiques. Les directives du 31 mars 2004, transposées par l'ordonnance du 6 juin 2005 (*Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005, JO 7 juin, p. 10014*), étendent cette obligation aux contrats conclus par des organismes adjudicateurs. Le droit de l'Union européenne ne se limite pas à une approche organique de l'organisme adjudicateur. L'application du droit européen n'est pas cantonnée aux seules personnes morales de droit public et peut englober des personnes morales de droit privé. La difficulté réside alors dans la qualification éventuelle des sociétés publiques locales d'organismes adjudicateurs. Par ce contrôle, l'Autorité de la concurrence s'assure que les collectivités territoriales n'utilisent pas les sociétés publiques locales pour « *s'affranchir des règles du code des marchés* » (*Aut. conc., 24 nov. 2011, point 49*).

La qualification d'organisme adjudicateur a pu poser des difficultés concernant les sociétés à capitaux mixtes (*sur l'assimilation de la société d'économie mixte locale à un organisme adjudicateur, v. Brameret S., précité, n° 542-569*), mais elle est relativement aisée en ce qui concerne les sociétés intégralement publiques. L'Autorité de la concurrence relève également dans ce domaine la potentialité d'une qualification d'organisme adjudicateur (*Aut. conc., 24 nov. 2011, points 56 à 58*). L'ordonnance du 6 juin 2005 ne laisse pourtant pas de doute véritable quant à cette assimilation. D'une part, elle assimile à des pouvoirs adjudicateurs les « *organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique, constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun* » (*Ord. 6 juin 2005, précitée, art. 3*). Or les collectivités territoriales, uniques actionnaires, sont par nature des pouvoirs adjudicateurs (*C. marchés pub., art. 2*). Il est dès lors difficile d'exclure la qualification de pouvoir adjudicateur pour les sociétés publiques locales. D'autre part, elle définit comme entité adjudicatrice les entreprises publiques qui exercent une activité d'opérateur de réseau dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des services postaux (*Ord. 6 juin 2005, précitée, art. 4*). Or, pour la définition de l'entreprise publique, l'ordonnance retient, notamment, le critère de la détention de la majorité du capital social par d'autres pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics. Les sociétés publiques locales, tout comme les sociétés d'économie mixte locales, sont nécessairement assimilées à de tels organismes et devront mettre en concurrence les marchés publics qu'elles souhaitent passer avec des tiers. Cette assimilation des sociétés publiques locales à des organismes adjudicateurs correspond d'ailleurs à une approche fonctionnelle, largement développée par le juge de l'Union européenne pour assurer l'efficacité de l'application du droit de l'Union européenne.

Au final, l'Autorité de la concurrence ne répond pas à la question du déplacement des obligations de mise en concurrence, du stade de l'attribution de la délégation de service public à celui des relations contractuelles de la société avec des tiers. Elle s'en tient à une analyse séparée de chacune de ces deux questions, sans chercher à mettre en évidence une cohérence d'ensemble. De ce point de vue, la « *double infortune* » (*Auby J.-B., La double infortune des sociétés d'économie mixte locales, Dr. adm. juill. 1997, repères*) évoquée à propos des sociétés d'économie mixte locales devient manifeste à l'encontre des sociétés publiques locales : largement soumises à une obligation de mise en concurrence dans leurs relations avec leurs actionnaires publics, elles sont contraintes d'organiser une procédure similaire pour le choix de leurs futurs partenaires. Cette infortune ne se limite pas au cadre contractuel, l'Autorité de la concurrence précisant par ailleurs que les sociétés publiques locales ne sauraient s'affranchir de la réglementation sur les aides d'État.

II – LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES ET LES AIDES D'ÉTAT

L'Autorité de la concurrence s'intéresse enfin aux relations financières des sociétés publiques locales avec leurs actionnaires publics. À l'issue d'un raisonnement très détaillé, elle conclut que ces « *transferts financiers sont susceptibles de contrevenir à la réglementation européenne des aides d'État* » (*Aut. conc.*, 24 nov. 2011, *précité*, point 99). De ce point de vue, la détention intégrale du capital social de la structure ne permet pas de distinguer les sociétés publiques locales des sociétés d'économie mixte locales (*sur l'application de la réglementation européenne des aides d'État aux sociétés d'économie mixte locales, v. Brameret S.*, *précité*, n° 158-180). L'Autorité relève que les sociétés « *pourraient être considérées comme des entreprises au sens du droit de la concurrence* », ce qui est largement confirmé par la vision européenne extensive de la notion d'entreprise (*CJCE*, 23 avr. 1991, *aff. C-41/90, Klaus Höfner*, *Rec. CJCE 1991, I, p. 1979*). Dès lors, les aides doivent respecter les critères généraux précisés à l'article 107, § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et sont soumises à la procédure de notification préalable à la Commission (*Aut. conc.*, 24 nov. 2011, *précité*, points 67 à 70).

Elle rappelle par ailleurs que la seule exception à l'application de la réglementation européenne résulte de la qualification de l'activité de la société de service d'intérêt économique général. Dans cette hypothèse, la société peut bénéficier de compensation de service public, dans les conditions limitatives dégagées par la jurisprudence « *Altmark Trans* » (*CJCE*, 24 juill. 2003, *aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH*, *Rec. CJCE 2003, I, p. 7747*). En conséquence, l'Autorité de la concurrence recommande aux collectivités d'établir des relations claires avec leurs sociétés publiques locales, sur la base de contrats précisant pour chaque compensation la nature de l'activité visée, les paramètres de calcul, de contrôle régulier et de révision éventuelle de la compensation ainsi que, le cas échéant, les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations financières (*Aut. conc.*, 24 nov. 2011, *précité*, point 99).

Entre enthousiasme exacerbé et méfiance légitime, la pérennité du mécanisme semble conditionnée par l'appréhension qu'en aura le juge administratif, sous le contrôle attentif du juge de l'Union européenne. L'avis du 24 novembre 2011 confirme ces doutes initiaux, sans toutefois se pencher sur toutes les difficultés liées à la création de sociétés intégralement publiques dans un environnement concurrentiel. En particulier, il est regrettable que la question des relations contractuelles n'ait pas été abordée sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles. Il est en effet étonnant que l'Autorité de la concurrence ne se soit pas penchée davantage sur un montage juridique étonnant : une société créée par une personne publique et ayant automatiquement vocation à obtenir certains contrats auprès de cette personne. Dès lors qu'elle ne permet pas de bénéficier de la théorie des prestations intégrées, la création d'une telle société ne porte-t-elle pas automatiquement atteinte à la concurrence, en privilégiant *de facto* un candidat par rapport aux autres ? Les menaces sur l'avenir des sociétés publiques locales ne semblent, décidément, pas prêtes de se dissiper.