HAL
open science

La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ?

Sébastien Brameret

To cite this version:

Sébastien Brameret. La société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ?. Actualité juridique Droit administratif, 2012, 27, pp.1521. hal-02025705

HAL Id: hal-02025705

https://hal.science/hal-02025705v1

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 société publique locale : premières jurisprudences, nouvelles interrogations ?

Note sous TA Montpellier, 23 mars 2012, *FADUC et Mme. Fraysse* et TA Lille, Ordo., 29 mars 2012, *Communauté de communes Sambre Avesnois*

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences

Membre du Groupe de Recherches en Droit Public Économique (GRDPE)

Université Grenoble II

La loi du 28 mai 2010 sur les sociétés publiques locales fournit aux collectivités territoriales et à leurs groupements un nouvel instrument d'intervention dans le domaine économique. L'intérêt principal de cet outil réside dans la souplesse de son utilisation. Toutefois, la société publique locale crée de nouvelles difficultés juridiques, que le juge administratif ne semble pas totalement résoudre.

Depuis leur création, par la loi du 28 mai 2010, les sociétés publiques locales suscitent de plus en plus de craintes et d'interrogations[1]. Loin de favoriser l'apaisement des débats sur les modes d'interventions des collectivités territoriales dans le secteur économique, la loi nouvelle a laissé un nombre important de questions en suspens. L'Autorité de la concurrence a relayé ces incertitudes, dans son avis du 24 novembre 2011[2]. L'intervention du juge administratif était, de ce point de vue, très attendue. Par deux décisions des 23 et 29 mars 2012, les tribunaux administratifs de Montpellier et de Lille ont rendu – à notre connaissance – les premières décisions concernant le nouveau mécanisme[3]. Dans les deux cas, le juge était saisi de difficultés concernant les relations des collectivités territoriales avec les sociétés

[1] Loi nº 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, nº 60, Dossier spécial.

[2] AC, n° 11-A-18, 24 novembre 2011, *Avis relatif à la création des sociétés publiques locales*, *AJDA*, 2011, p. 1880, note Nicinski, *Contrats-Concurrence-Consommation*, janvier 2012, comm. 26, note Prébissy-Schnall, *RLCT*, 2012, n° 79, 2197, note Brameret.

[3] TA Montpellier, 23 mars 2012, *FADUC et Mme. Fraysse*, n° 1002680 et TA Lille, Ordo., 29 mars 2012, *Communauté de communes Sambre Avesnois*, n° 1201729.

publiques locales dont elles sont actionnaires. Plus précisément, les questions posées concernaient la place des collectivités territoriales en tant qu'actionnaires de telles sociétés.

Cependant, les enjeux différaient dans les deux affaires. Alors que le juge des référés du TA de Lille était interrogé sur la possibilité pour un groupement de collectivités de devenir actionnaire d'une société, le TA de Montpellier était confronté à la question de l'influence des actionnaires sur le fonctionnement de la société. La portée des deux décisions diverge également. Dans un cas, le juge administratif s'appuie sur une interprétation classique des critères de participation des collectivités territoriales au capital des sociétés publiques locales (I), alors que dans l'autre, il fait preuve d'une d'audace certaine dans l'analyse de la notion de contrôle analogue exercé par les collectivités sur les sociétés (II).

I – Une interprétation classique des critères de participation des collectivités territoriales au capital social des sociétés publiques locales

Les faits à l'origine de l'ordonnance du TA de Lille étaient relativement simples. Par une décision du 9 décembre 2011, le Syndicat mixte Val de Sambre (SMVS) a décidé la transformation de la Société d'économie mixte des transports intercommunaux du bassin de la Sambre (SEMITIB) en Société publique locale des transports intercommunaux Sambre Avesnois (SPLTISA). La transformation consistant en l'éviction des actionnaires minoritaires, seuls des collectivités territoriales ou leurs groupements pouvaient conserver des participations au capital de la nouvelle société (article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales). L'actionnariat de la nouvelle société était donc réparti entre deux actionnaires, le SMVS et la Communauté d'agglomération Maubeuge Val de Sambre (AMVS). La Communauté de communes de Sambre Avesnois a alors saisi le juge des référés d'une demande de suspension de la délibération du 9 décembre 2011, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

À l'appui de sa requête, la Communauté de communes se fonde sur l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales. Selon cet article, des collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent créer des sociétés uniquement « dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi ». La question est dès lors de savoir si une collectivité ou un groupement de collectivités peut être actionnaire d'une société dont l'objet social correspond

à une compétence transférée à un autre établissement public de coopération intercommunale. La communauté de communes de Sambre Avesnois soutient que la société n'a en réalité qu'un seul actionnaire compétent, puisque le syndicat mixte a transféré ses compétences en matière des transports intercommunaux à l'AMVS.

Le juge des référés rejette la demande, en précisant que « si les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent être actionnaires d'une société publique locale dont l'objet social ne comporterait aucune des compétences attribuées à ceux-ci, en revanche, il ne résulte pas des dispositions précitées de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales que les actionnaires d'une société publique locale doivent être attributaires de l'ensemble des compétences regroupées dans l'objet social de la société publique locale »[4]. Pour justifier cette solution, le juge précise qu'en réalité, la compétence est partagée entre les deux actionnaires : le SMVS, actionnaire majoritaire (90 % du capital social) étant compétent par principe, sauf pour ce qui a trait à la « mobilité douce » ; l'AMVS, actionnaire minoritaire (10 % du capital social) conservant la compétence pour la « mobilité douce ». De ce fait, le juge estime que « la composition d'une société publique locale par deux actionnaires ayant des compétences complémentaires mais néanmoins distinctes, ne méconnaît pas la règle du minimum de deux actionnaires posée par l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales »[5]. Le juge n'avait pourtant pas besoin d'entrer dans une telle finesse pour justifier sa solution.

Les sociétés d'économie mixte locales sont souvent confrontées aux mêmes difficultés[6]. Il arrive fréquemment qu'une telle société soit créée à l'initiative d'une commune. Mais parfois, la compétence exercée par cette commune est transférée ultérieurement à un établissement public de coopération intercommunale. « En toute logique »[7], la commune devrait alors céder ses participations dans la société au nouveau groupement. Elle n'a en effet plus la compétence pour exercer les activités qui relèvent désormais de la compétence exclusive de l'établissement public de coopération intercommunale. Cette position de principe s'est pourtant heurtée à la pratique récurrente des collectivités territoriales consistant à

[4] TA Lille, Ordo., 29 mars 2012, *préc.*
[5] TA Lille, Ordo., 29 mars 2012, *préc.*
[6] Sur ce point, voir 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, 2011, n° 229-233.
[7] SESTIER (J-F), « Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », *RFDA*, 2002, p. 927.

maintenir leur actionnariat malgré la création du groupement[8]. La création de sociétés par des communes dans un domaine de compétence transféré a même été approuvée 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 »[9]. Pour cela, le juge administratif impose l'association des collectivités territoriales et de leurs groupements pour la gestion de la société[10].

La loi du 2 janvier 2002[11] 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.

Cette disposition du régime des sociétés d'économie mixte locales est parfaitement applicable aux sociétés publiques locales. En effet, l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales précise que « sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre ». Il en résulte que le second alinéa de l'article L. 1521-1 du code demeure applicable aux sociétés publiques locales, qui peuvent donc être constituées autour de deux actionnaires, dont l'un a transféré la compétence qui fait l'objet de la société à l'autre actionnaire.

---

[8] 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.

[9] Rép. min. à QE, nº 7848, *JO Sénat Q*, 5 avril 1990, p. 723.

[10] TA Versailles, 12 octobre 1993, *Commune de Reau c/ Syndicat d'agglomération nouvelle de Sénart et Préfet de Seine-et-Marne*, Rec. tables 663.

[11] Loi nº 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 solution rendue par le Tribunal administratif de Lille s'inscrit donc dans un cadre législatif relativement bien balisé. La décision du Tribunal administratif de Montpellier soulève en revanche davantage d'interrogations.

II – Une interprétation audacieuse de la notion de contrôle analogue des collectivités territoriales sur les sociétés publiques locales

Les faits à l'origine de la décision du Tribunal administratif de Montpellier sont éclairants quant à la finalité du recours à la société publique locale par des collectivités territoriales. Par une délibération du 1er avril 2010, la Communauté d'agglomération de Montpellier a mis un terme à une procédure de passation d'une concession d'aménagement en cours et a décidé de confier, sans mise en concurrence, la concession à une société publique locale d'aménagement – la Société d'aménagement de l'agglomération de Montpellier (SAAM). La légalité de cette délibération était contestée devant le juge administratif, au motif principal que la société ne répondrait pas aux conditions d'application de la théorie des prestations intégrées permettant d'échapper aux obligations de mise en concurrence[12].

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 démembrements dotés de la personnalité morale. Ainsi qualifiées, ces relations échappent aux obligations de mise en concurrence[13]. La Cour de justice de l'Union européenne a cependant refusé de faire bénéficier les sociétés d'économie mixte locales de cette théorie[14], 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 démembrements des collectivités territoriales. Le principal objectif de la loi du 28 mai 2010 était alors de permettre aux collectivités territoriales de disposer d'un instrument de droit

[12] Sur la théorie des prestations intégrées, ou relation *in house*, voir. not. BRAMERET (S), *op. cit.*, n° 483-489 ;
[13] CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, Rec. CJCE p. I-8121, *BJCP*, 2000, nº 8, p. 43 et s., Concl. Cosmas.
[14] CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL*, C-26/03, Rec CJCE p. I-1, *BJCP*, 2005, nº 40, p. 180 et s., Concl. Stix-Hackl

privé avec lequel elles pourraient entretenir des relations *in house*[15]. Pourtant, la seule création de sociétés à capitaux intégralement publics ne suffit pas à caractériser l'existence d'une relation *in house*.

La Cour de justice de l'Union européenne a strictement encadré le recours à la théorie des prestations intégrées, qui se présente comme une exception prétorienne au principe général de mise en concurrence des contrats de la commande publique. En particulier, une telle relation ne peut être caractérisée que si les collectivités territoriales exercent sur la société « un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services » et si la société exerce l'essentiel de ses activités au profit de ses actionnaires publics[16]. Le juge de l'Union a par ailleurs reconnu que la détention de l'intégralité du capital social n'est qu'un indice de l'existence d'un tel contrôle analogue[17]. Ces critères ont été transposés dans le droit français par la loi de 2010. Désormais, l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales prévoit d'une part que les collectivités territoriales et leurs groupements « détiennent la totalité du capital » des sociétés et que, d'autre part, « ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres ».

L'analyse de la Cour de justice de l'Union européenne ne se limite cependant pas à l'énoncé de principes généraux. En particulier, la détention de l'intégralité du capital social d'une société fait simplement courir une présomption de contrôle analogue[18]. Le contrôle de ce critère doit en effet être réalisé *in concreto*[19], à partir d'un faisceau d'indices permettant au juge de constater que le contrôle de l'entité n'est pas « précaire »[20].

L'affaire soumise au Tribunal administratif de Montpellier donnait ainsi l'occasion d'apprécier la façon dont le juge entend interpréter ces critères, dans le cas des relations entre

---

[15] Loi nº 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, nº 60, Dossier spécial.

[16] CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, Rec. CJCE p. I-8121, *BJCP*, 2000, nº 8, p. 43 et s., Concl. Cosmas, point 50.

[17] CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, C 340/04, Rec. CJCE p. I-4137, point 38. Sur la notion de contrôle analogue, voir NOGUELLOU (R) « La notion de contrôle analogue », *RLCT*, 2010, nº 60, 1706.

[18] CJCE, 11 mai 2006, *préc.*

[19] LINDITCH (F), « Le *in house* finalement sauvé par la Cour de justice de l'Union européenne ? », Note sous CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, *JCP ACT*, juin 2006, comm. 1125.

[20] CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, Rec. CJCE p. I-8585, point 67.

des collectivités territoriales et une société publique locale. Le lecteur ne pourra qu'être déçu par la formulation de la décision. Pour le juge, « il ressort des articles 6 et 14 des statuts de la société d'aménagement de l'agglomération de Montpellier (SAAM), que la communauté d'agglomération de Montpellier en est l'actionnaire majoritaire, et que, en cette qualité, elle désigne plus de la moitié des membres du conseil d'administration ; que, selon l'article 8 des mêmes statuts, le capital de la SAAM ne peut être détenu que par des personnes publiques ; que la communauté d'agglomération de Montpellier doit par suite être regardée comme exerçant sur la SAAM un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »[21]. Le fait qu'un actionnaire majoritaire désigne plus de la moitié des membres du conseil d'administration d'une société commerciale est tout à fait commun en droit des sociétés. Pourtant, la Cour de justice de l'Union européenne a donné des indications permettant de caractériser l'existence d'un tel contrôle renforcé. 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 »[22]. Or, c'est précisément le sens de la décision du tribunal administratif du 29 mars 2012.

Le juge administratif s'est arrêté à l'apparence du contrôle analogue, sans en montrer la réalité. En particulier, il aurait été intéressant qu'il analyse davantage le fonctionnement concret de la société pour déterminer si les actionnaires peuvent imposer certaines décisions à la société. En effet, dans certaines sociétés publiques locales l'existence d'un contrôle analogue est formalisée dans un document particulier, joint aux statuts, dans lequel les collectivités détaillent l'ensemble des pouvoirs dérogatoires qui leur sont attribués[23]. Il serait maintenant intéressant que le juge administratif se saisisse de tels documents pour en apprécier la validité et la compatibilité au regard de la jurisprudence européenne. Cela favoriserait l'intelligibilité du mécanisme de la société publique locale et renforcerait la sécurité juridique de tels montages.

[21] TA Montpellier, 23 mars 2012, *préc.*
[22] CJCE, 11 mai 2006, *préc*., point 38.
[23] À titre illustratif, un tel document a été adopté à l'occasion de la création de la Société d'aménagement et de restauration de Metz métropole (SAREMM). Ce document, de huit pages, détaille l'étendue des contrôles publics. Par exemple, il prévoit la création d'un comité technique au sein de la société, chargé de veiller à l'exécution des contrats, ou encore des modalités particulières de contrôles par les collectivités territoriales actionnaires.