



HAL
open science

La SPL, service public institutionnalisé ?

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. La SPL, service public institutionnalisé ?. Les sociétés publiques locales, Institut Maurice Hauriou (IMH), Sep 2012, Toulouse, France. pp.1127-1132. hal-02025710

HAL Id: hal-02025710

<https://hal.science/hal-02025710v1>

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, entre service public et transparence

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences à l'université Pierre-Mendès France – Grenoble II
Vice-doyen de la Faculté de droit, chargé des relations internationales
Groupe de recherches en droit public économique (GRDPE)

La loi du 28 mai 2010 créant les sociétés publiques locales a eu pour objectif principal de doter les collectivités territoriales et leurs groupements d'un outil soumis à un contrôle public renforcé. Ce faisant, le législateur n'a peut-être pas mesuré tous les risques juridiques que présente une telle structure. Le juge administratif a, en effet, développé plusieurs techniques lui permettant, d'une part, de qualifier de service public certaines activités exercées par des personnes privées placées sous un contrôle public étroit, et, d'autre part, de reconnaître l'empreinte des collectivités territoriales derrière des structures qualifiées de « transparentes », car manquant en fait d'autonomie. À chaque fois, le juge a adopté une grille d'analyse fondée sur le degré de dépendance de la structure par rapport aux collectivités territoriales. La nature particulière des relations entre les sociétés publiques locales et leurs actionnaires invite à entamer une réflexion sur l'applicabilité de ces raisonnements à ces structures.

I – La société publique locale, service public institutionnalisé ?	3
A – Un rejet circonstancié pour les sociétés d'économie mixte locales	4
B – Une reconnaissance incontournable pour les sociétés publiques locales ?	6
II – La société publique locale, organisme transparent ?	8
A – Une transparence matérielle attractive	8
B – Une transparence organique dangereuse	9

La création des sociétés publiques locales d'aménagement en 2006¹, et celle des sociétés publiques locales en 2010², ont relayé les espoirs des élus locaux de voir émerger des outils qui « remplissent sans ambiguïtés [les] deux conditions [de la théorie des prestations intégrées] »³. Bien qu'intervenant dans des champs partiellement différents, les sociétés publiques locales d'aménagement et sociétés publiques locales⁴ ont été conçues comme un remède unique au refus du juge de l'Union européenne d'écartier les règles de la concurrence dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales⁵. Pour qu'elles puissent bénéficier de la théorie des prestations intégrées⁶, le législateur a rapproché le statut de ces sociétés des critères de la Cour de justice de l'Union européenne⁷. En particulier, il impose qu'elles réalisent l'intégralité⁸, de leurs activités sur le territoire de leurs actionnaires. Par contre, la loi reste lacunaire en ce qui concerne le critère du contrôle analogue, se contentant de préciser que les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent l'intégralité du capital social de ces sociétés⁹. En toute hypothèse, cela ne peut être qu'un indice de l'existence d'un tel contrôle¹⁰, même si le juge administratif¹¹ et le juge financier¹² ont fait récemment preuve d'une certaine souplesse dans leurs analyses.

La doctrine s'est montrée assez circonspecte envers cet outil aux implications incertaines pour les collectivités territoriales¹³. Le Ministère de l'Intérieur a par ailleurs

¹ 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.

² Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL), *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP A*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès.

³ SCHOSTECK (J-P), « Entretien avec la Revue Lamy collectivités territoriales », *RLCT*, 2010, n° 60, 1707.

⁴ Dans un souci de simplicité, il sera fait référence au terme générique de *société publique locale*, que l'objet de celle-ci soit ou non limité à des activités d'aménagement.

⁵ 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 intégrées 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.

⁶ Sur la théorie des prestations intégrées, cf., not. 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° 483-489.

⁷ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, C-107/98, conclusions Cosmas, *BJCP*, 2000, n° 8, p. 43 et s.

⁸ Articles L. 327-1 du code de l'urbanisme pour les sociétés publiques locales d'aménagement et L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales pour les sociétés publiques locales.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Sur cette question, cf. BRAMERET (S), *op. cit.*, n° 441-449 ; G. Kalfèche, **actes de ce colloque**.

¹¹ Ainsi, « 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 » (TA Montpellier, 23 mars 2012, *FADUC et Mme Fraysse*, req. 1002680, *AJDA*, 2012, p. 1521 et s., note Brameret).

¹² Ainsi, le fait que la Ville de Mulhouse dispose de 9 des 18 sièges au sein du conseil d'administration de la Société d'équipement de la région mulhousienne (SERM) la place « en situation d'exercer un réel contrôle sur la SERM » (CRC Alsace, ROD 27 février 2012, *Ville de Mulhouse*, n° 5.1.

¹³ Il suffit de constater le vocabulaire utilisé dès les premiers commentaires de la loi du 28 mai 2010 et la récurrence du mode interrogatif pour constater cette circonspection. En ce sens, cf. 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 ? », *JCP A*, juillet 2010, étude 2229 ; 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. ; LINOTTE (D), « Quelques interrogations sur la société publique locale et ses

publié en avril 2011 une circulaire venant préciser certaines modalités du régime de la société publique locale¹⁴, sans pour autant éclaircir toutes les incertitudes¹⁵. En particulier, le renforcement des liens de domination des collectivités territoriales sur les sociétés publiques locales pourrait avoir des effets secondaires paradoxaux. Que se passerait-il, en effet, si le juge administratif répondait à l'invitation de M. Passi et reconnaissait que les sociétés publiques locales sont « ancrées dans les territoires, sous le contrôle étroit des élus locaux, seuls maîtres à bord »¹⁶ ? Le juge pourrait-il continuer à envisager ces sociétés à capitaux intégralement publics comme de simples sociétés commerciales ?

La recherche d'un contournement aux règles de mise en concurrence dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés publiques locales pourrait conduire le juge administratif à étendre le champ d'application de certaines des théories applicables aux associations para-administratives¹⁷. En particulier, il pourrait s'appuyer sur l'existence d'un contrôle analogue pour considérer que les sociétés publiques locales sont institutionnellement chargées d'une mission de service public (I), voire considérer, dans certains cas, qu'elles sont des organismes transparents (II).

I – La société publique locale, service public institutionnalisé ?

Notion protéiforme, hétérogène¹⁸ et complexe¹⁹, 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 activité²⁰, 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. 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 public²¹. 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. Reprenant ces indices, il a, au terme d'un raisonnement circonstancié, refusé de reconnaître qu'une société d'économie mixte locale puisse être chargée d'une activité de service public en dehors de tout lien contractuel avec ses actionnaires majoritaires (A). La nature particulière

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.

¹⁴ 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*.

¹⁵ En ce sens, cf. WELS (Y), « Sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement : entre clarifications et imprécisions réglementaires », *JCP A*, juin 2011, 2209.

¹⁶ PASSI (M), « L'heure des sociétés publiques locales à sonné » *RLCT*, 2010, n° 60, p. 14.

¹⁷ Six ans après la création des sociétés publiques locales d'aménagement, et seulement deux ans après celle des sociétés publiques locales, le Conseil d'État n'a toujours pas eu l'occasion de se prononcer sur ces problématiques. Néanmoins, certains parallèles avec les sociétés d'économie mixte locales et avec les associations para-administratives méritent d'être soulignés, car ils permettent d'esquisser des pistes de réflexion quant à l'avenir des sociétés publiques locales.

¹⁸ BRACONNIER (S), *Droit du service public*, Paris, PUF, 2^e éd., 2007, p. 155.

¹⁹ GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G), *op. cit.*, n° 177.

²⁰ 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).

²¹ TRUCHET (D), « Nouvelles d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

des relations des sociétés publiques locales avec leurs actionnaires publics incite à reprendre ce faisceau d'indices. Il est alors nécessaire de s'interroger sur le caractère incontournable d'une telle reconnaissance au profit des sociétés publiques locales (B).

A – Un rejet circonstancié pour les sociétés d'économie mixte locales

Présentés dans la décision *Narcy*²², 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 personne. Même si la date du 28 juin 1963 est à « marquer d'une pierre blanche »²³ 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 ou des sociétés publiques locales. Comme la plupart des personnes privées, elles peuvent exercer des prérogatives qui leur sont confiées par la voie contractuelle²⁴, mais aucun de leurs pouvoirs propres n'a jamais été qualifié comme tel par le juge administratif.

Par une décision *APREI* du 22 février 2007²⁵, le Conseil d'État a affiné les critères de reconnaissance d'une activité de service public exercée par une personne privée en dehors de tout cadre contractuel. Pour le juge, l'intention du législateur prime, que celui-ci ait entendu qualifier l'activité de service public ou au contraire en exclure cette qualification²⁶. Dans le cas des sociétés d'économie mixte locales (mais également des sociétés publiques locales), le code général des collectivités territoriales est ambigu. Il prévoit que ces sociétés peuvent exercer des activités d'aménagement, de construction, de service public industriel et commercial, ou toute autre activité d'intérêt général²⁷. La loi établit donc une distinction entre les activités de service public et celles qui seraient *seulement* d'intérêt général. Or, cette distinction n'est pas évidente à comprendre, l'intérêt général étant au fondement même de l'idée de service public²⁸.

À défaut de qualification législative explicite, une personne privée reste chargée d'une mission de service public au sens de la jurisprudence si elle remplit les critères de la jurisprudence *Narcy*²⁹. La jurisprudence *APREI* prévoit par ailleurs qu'en l'absence de prérogatives de puissance publique, la personne privée peut être chargée d'une mission de

²² CE, 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, Rec. 401, *AJDA*, 1964, p. 91 et s., note de Laubadère

²³ WALINE (M), Note sous CE, 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, *RDP*, 1963, p. 1186.

²⁴ 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 (SEMCODAN)*, n° 3.1). Cf. DURAND (G), *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 2002, n° 106.

²⁵ CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour handicapés (APREI)*, Rec. 92, *JCP A*, 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.

²⁶ *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.*).

²⁷ Article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, applicable aux sociétés d'économie mixte locales et aux sociétés publiques locales.

²⁸ Pour S. Braconnier par exemple, « l'intérêt général se situe au cœur de la construction de la notion de service public, voire au cœur de la construction du droit administratif français » (*op. cit.*, p. 169).

²⁹ CE, 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, *op. cit.*

service public si « 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 »³⁰. Le juge cherche l'intention de l'administration, privilégiant une approche téléologique de la notion de service public.

Saisi de la question de l'application des critères de l'arrêt *APREI* à certaines activités des sociétés d'économie mixte locales, le juge administratif a apporté une réponse nuancée, dans sa jurisprudence *Ugc-Ciné-Cité*³¹. Il en rejette l'application au cas d'espèce, sans pour autant refuser de reconnaître par principe qu'une telle société puisse être institutionnellement chargée d'une telle activité de service public. Les circonstances de l'espèce éclairent le raisonnement du juge. La société d'économie mixte « Palace Épinal », dont la commune d'Épinal est l'actionnaire majoritaire, exploite un cinéma sur le territoire communal. 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. 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 concurrence³². Selon cette dernière, l'activité cinématographique était une activité de service public, qui n'aurait dû être confiée à un tiers qu'après 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.

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 »³³. Dans ses conclusions, le Rapporteur public D. Casas préconisait également de rejeter la qualification de service public. Il précisait cependant qu'il s'agit d'un « cas limite », et 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 »³⁴.

³⁰ CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour handicapés (APREI)*, *op. cit.*

³¹ 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 A*, 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.

³² Article L. 551-1 du code de justice administrative.

³³ CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, *op. cit.*

³⁴ 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.

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. En l'espèce pourtant, l'intention de la commune était manifeste, les statuts de la société prévoyant explicitement que la société avait pour objet principal l'exploitation du service public cinématographique. La présence de la collectivité était par ailleurs assurée par le biais du maire de la commune qui, en sa qualité de mandataire de l'actionnaire public et de président, disposait des pouvoirs très étendus. Le juge financier avait d'une part relevé que nombre des décisions du directeur général de la société devaient être à l'autorisation préalable du président³⁵. D'autre part, le président dispose de pouvoirs propres importants qui, sans être contraires au droit des sociétés³⁶, soulignent néanmoins la prééminence des collectivités territoriales actionnaires sur le fonctionnement de l'entreprise³⁷. L'appréciation factuelle du Conseil d'État dans l'arrêt *Société UGC-Ciné-Cité* s'explique ainsi par le fait que la société est « traitée abusivement comme une société à actionnariat privé »³⁸.

La création de sociétés à capital intégralement public et le nécessaire approfondissement des mesures de contrôle de la société nécessaire à la satisfaction des conditions de la théorie des prestations intégrées devraient donner l'occasion au juge administratif de se reposer la question de la reconnaissance d'un service public institutionnalisé dans cette structure.

B – Une reconnaissance incontournable pour les sociétés publiques locales ?

Dans le cas des sociétés publiques locales, la solution semble plus simple, et l'application des critères de la jurisprudence *APREI* semble assurée³⁹. À l'image des sociétés d'économie mixte locales, les sociétés publiques locales ne peuvent être créées 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 »⁴⁰. Ce critère ne pose pas de difficulté majeure, sauf à considérer que des activités d'aménagement ou de construction pourraient, dans des circonstances particulières, ne pas revêtir un caractère d'intérêt général.

À l'inverse des sociétés d'économie mixte locales cependant, les actionnaires publics sont tenus d'exercer un contrôle renforcé de l'activité des sociétés publiques locales, s'ils souhaitent bénéficier de la théorie des prestations intégrées. Pour C. Bergéal, « la société doit rester sous la coupe de la ou des collectivités qui l'ont créée ». « Les élus devront y avoir le pouvoir »⁴¹, ce qui suppose, comme le rappelle la circulaire du 29 avril 2011, une

³⁵ Le président contrôle ainsi toutes les décisions qui entraînent des modifications importantes dans la stratégie d'exploitation de l'entreprise (CRC Lorraine, ROD 29 juin 2005, *Société d'économie mixte Palace Épinal*, n° 9)

³⁶ GERMAIN (M), *Traité de droit commercial. Les sociétés commerciales (T1, Vol. 2)*, Paris, LGDJ, 19^e éd., 2007, n° 1688.

³⁷ Il est, en particulier, seul à pouvoir nommer les agents de la société, à en fixer la rémunération et à pouvoir l'engager contractuellement (*Idem*, n° 4).

³⁸ Comme le relève G. Clamour, la confusion provient de ce que la société est « traitée abusivement comme une société à actionnariat privé ». CLAMOUR (G), « Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », *JCP A*, nov. 2007, étude 2286, n° 42.

³⁹ CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour handicapés (APREI)*.

⁴⁰ Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

⁴¹ BERGÉAL (C), « Utilisez la SPL, mais respectez le mode d'emploi », *AJDA*, 2010, p. 1228.

analyse « au cas par cas des statuts de chaque société »⁴². Afin de répondre à ces impératifs, les collectivités territoriales optent de plus en plus largement pour deux techniques de contrôle renforcés.

En premier lieu, l'analyse de l'actionnariat des sociétés publiques locales, deux ans après l'adoption de la loi du 28 mai 2010⁴³, montre une forte concentration de ce capital au profit d'un actionnaire. Il y a très peu d'exemples de sociétés dans lesquelles un actionnaire ne détiendrait pas à lui seul la majorité du capital social⁴⁴. Mais, bien plus, la pratique tend à montrer qu'un modèle de société émerge, constitué autour d'un nombre limité d'actionnaires⁴⁵, dont l'un détient en propre de plus de 80 % du capital social⁴⁶. Cette pratique tend à conforter l'idée selon laquelle l'un au moins des actionnaires doit exercer un contrôle prédominant sur le fonctionnement de la société.

En second lieu, les collectivités territoriales accompagnent parfois les statuts de la société d'un document instituant des contrôles publics spécifiques, dérogeant au droit des sociétés. Il en a été ainsi lors de la transformation de la Société d'économie mixte d'aménagement et de restauration de Metz Métropole (SAREMM) en société publique locale⁴⁷. Ce document, destiné à « définir les règles de contrôle desdites personnes publiques sur ladite société de manière analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services », s'impose à tous les organes et préposés de la société. Il vise à renforcer les contrôles publics, « notamment » en matière d'orientations stratégiques de la société, de gouvernance et de vie sociale et de vie sociale⁴⁸. Plus particulièrement, il permet aux collectivités territoriales actionnaires d'intervenir à deux niveaux. D'une part, il institue un comité technique, dans lequel chacun des actionnaires est représenté. Ce comité est chargé d'examiner tous les projets, en vue de proposer l'engagement éventuel de la société au conseil d'administration. Il contrôle également la conformité de l'exécution des contrats passés pour chaque opération ou mission engagée par la société⁴⁹. D'autre part, le document attribue des pouvoirs renforcés à chacun des administrateurs représentant les collectivités territoriales actionnaires au sein du conseil d'administration⁵⁰. Ainsi, il est délicat d'affirmer qu'une telle société échapperait à toute obligation imposée par

⁴² Circulaire, 29 avril 2011, NOR COT/B/11/08052/C, *relative au régime juridique des sociétés publiques locales et des sociétés publiques locales d'aménagement*, AJDA, 2011, p. 1880 et s., note Nicinski, JCP A, 2011, n° 23, 2209, note Wels.

⁴³ L'étude des 55 sociétés publiques locales recensées par la *Fédération des entreprises publiques locales* au 1^{er} mai 2012 permet d'esquisser un premier profil-type de l'actionnariat de ces sociétés (cf. BRAMERET (S), « L'actionnariat de la société publique locale », in « Les sociétés publiques locales. Les deux ans de la loi du 28 mai 2010 », actes du colloque organisé par le CRDP de l'Université de Lille 2, les 31 mai et 1^{er} juin 2012, *L'Harmattan*, à paraître.

⁴⁴ Dans 8 % des sociétés seulement, aucun actionnaire ne dispose, à lui seul, de la majorité du capital social.

⁴⁵ 77 % des sociétés recensées sont constituées autour de deux, trois ou quatre actionnaires. Plus précisément, 44 % des sociétés ne comportaient que deux actionnaires.

⁴⁶ Dans 47 % des sociétés, l'actionnaire majoritaire détient, à lui seul, plus de 80 % du capital social.

⁴⁷ *Modalités du contrôle de la société par les personnes publiques*, document annexé aux statuts de la Société d'aménagement et de restauration de Metz Métropole, 2011, 8 p.

⁴⁸ Article 1^{er} du document de contrôle.

⁴⁹ Article 4 du document de contrôle.

⁵⁰ Article 3 du document de contrôle : « chacun des administrateurs représentant les personnes publiques disposera des pouvoirs de contrôles identiques à ceux qu'il exerce sur ses propres services ce qui lui confère le droit d'accès, qui emporte celui de prendre copie, de l'ensemble des documents de la société, le droit de demander à la société de lui fournir toutes notes sur tout sujet relatif à l'activité de la société, et de se faire assister dans ses investigations de tout sachant de son choix, expert ou autre ».

l'actionnaire majoritaire, ainsi qu'à tout contrôle d'objectifs, au sens de la jurisprudence *UGC-Ciné-Cité*⁵¹.

Dès lors qu'est reconnu le bénéfice de la théorie des prestations intégrées, il est possible d'envisager que le juge administratif leur applique sa jurisprudence *APREI*. Cela revient à voir, dans les sociétés publiques locales, des entités chargées institutionnellement de missions de service public. Se pose alors la question de la nécessité de recourir au contrat dans leurs relations avec les collectivités territoriales actionnaires. Plus généralement, c'est la problématique de la transparence de la société qui ressurgit.

II – La société publique locale, organisme transparent ?

À l'image des établissements publics, les sociétés publiques 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, en vue d'un intérêt commun. Elles se présentent davantage comme une structure fondative, de mutualisation, permettant l'émergence d'un partenariat *public-public*. La création de la société publique locale a ainsi été saluée en ce qu'elle permettrait de réduire – voire de mettre fin – à la théorie des associations transparentes⁵². Avec quelques années de recul, les chambres régionales et territoriales des comptes constatent, en effet, la multiplication des projets de transformation d'associations para-administratives en sociétés publiques locales⁵³. Pourtant, ce n'est peut-être pas à une disparition de cette théorie que la création des sociétés publiques locales devrait conduire, mais plutôt à son renouvellement. En utilisant les critères de la jurisprudence *Teckal*⁵⁴, les collectivités territoriales et leurs groupements s'exposent à un risque de requalification de relations avec les sociétés publiques locales, sous le prisme de la transparence⁵⁵. Celle-ci pourrait se limiter à des aspects matériels et demeurer ainsi attractive (A) ; elle pourrait, également, avoir un caractère organique et devenir ainsi plus dangereuse pour les collectivités territoriales (B).

A – Une transparence matérielle attractive

Lorsqu'une collectivité territoriale souhaite confier à un tiers une activité de service public, elle a par principe l'obligation de passer par la voie contractuelle⁵⁶. Cette obligation connaît cependant une exception notable lorsque, en application de la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* du Conseil d'État du 6 avril 2007, les collectivités « créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification

⁵¹ CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, *op. cit.*

⁵² DAMAREY (S), « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA*, 2011, p. 15 et s.

⁵³ Par exemple, CRC Pays de la Loire, ROD 12 mai 2011, *Association CRDC-le Lieu Unique*, n° 8 (création de la SPL Le Voyage à Nantes) ; CRC Auvergne, Rhône-Alpes, ROD 12 juillet 2012, *Association Opéra de Lyon*, n° 2.4 (projet de transformation en SPL).

⁵⁴ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.*

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Sur la notion d'habilitation à gérer une mission de service public, Cf. GUGLIELMI (G J), KOUBI (G), DUMONT (G), *op. cit.*, n° 663-694 ; SABIANI (F), « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, 1977, p. 4 et s

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 ». ⁵⁷

Le juge administratif reprend les critères de la théorie des prestations intégrées issus de la jurisprudence européenne,⁵⁸ mais en étend la portée. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, 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 Conseil d'État considère que dans cette hypothèse la collectivité n'a pas à nouer de relation contractuelle, car elle gère directement le service. Il y a une forme de transparence matérielle qui s'établit dans les relations entre la collectivité et la structure⁵⁹.

Admettre qu'une association puisse entretenir des relations *in house* avec ses associés publics devrait conduire le juge administratif à qualifier comme telles les relations des sociétés publiques locales avec leurs actionnaires majoritaires et, par voie de conséquence, à autoriser ces dernières à intervenir en dehors du cadre contractuel. Cela renforcerait, s'il le fallait, l'appréhension fondative d'une telle société. La société publique locale est habilitée à gérer une activité de service public par le biais du contrat de société qui l'institue. Dans cette perspective, le contrat de délégation de service public vient seulement lui donner les moyens juridiques et techniques d'assurer son objet social de service public. La passation de ces contrats est d'autant moins nécessaire que la société publique locale est elle-même largement assimilée à un pouvoir adjudicateur ou à une entité adjudicatrice, largement soumise à des obligations de mise en concurrence dans ses relations contractuelles avec des tiers⁶⁰.

B – Une transparence organique dangereuse

En s'écartant de la notion traditionnelle d'économie mixte, le législateur renonce également aux avantages que peut procurer la mixité du capital⁶¹. La détention publique de

⁵⁷ 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 A*, mai 2007, comm. 2111, note Karpenschif, *AJDA*, 2007, p. 1020 et s., note Lénica et Boucher, *JCP A*, mai 2007, comm. 2125, note Linditch, *JCP A*, mai 2007, comm. 2128, note Pontier.

⁵⁸ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, *op. cit.*

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Sur ce point, la ressemblance avec les sociétés d'économie mixte locales est très forte (*cf.* BRAMERET(S), *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, *op. cit.*, n° 542-569).

⁶¹ La société d'économie mixte locale est particulièrement utilisée par les collectivités territoriales qui souhaitent recourir aux services d'une structure alliant, à leurs côtés, des investisseurs parapublics (tel que le Groupe Caisse des dépôts et consignations) et privés (*cf.* BRAMERET (S), « Les partenariats public-privé institutionnalisés : l'exemple des

l'intégralité du capital aboutit à une conception particulière de la société, « dénuée d'intérêt propre et de volonté autonome »⁶². Cette absence d'autonomie est recherchée pour caractériser une prestation intégrée. Elle pourrait cependant conduire le juge administratif à considérer que les sociétés publiques locales n'ont pas d'indépendance et ne sont que des organismes transparents, au sens organique du terme cette fois-ci.

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 qu'un « faux-nez » de l'administration⁶³. Même si la théorie de la transparence n'a jamais été appliquée à d'autres organismes, le juge administratif ne limite pas son champ d'application aux seules associations, considérant que toutes les personnes privées peuvent, *a priori*, être transparentes⁶⁴.

Le juge administratif tend à rapprocher la théorie de la transparence et celle des relations *in house*⁶⁵. 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 en contrats administratifs et d'engager directement la responsabilité de la collectivité, en lieu et place de celle du cocontractant⁶⁶. Elle peut également conduire à l'application aux personnels du statut des agents publics⁶⁷ ainsi qu'à la mise à la charge des collectivités de ses dettes⁶⁸. Le Conseil d'État a dégagé quatre critères cumulatifs de reconnaissance d'une telle 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 »⁶⁹. Cette définition est assez proche de la définition des sociétés publiques locales, telles qu'issue du code général des collectivités territoriales.

sociétés d'économie mixte locales », *in* Actes du colloque consacré aux « Les partenariats publics/privés : Partenariats contractuels et institutionnalisés », organisé par le GRDPE à Grenoble le 8 avril 2011, *JCP A*, 2011, n° 51-52, 2397).

⁶² 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.

⁶³ 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).

⁶⁴ 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 A*, mai 2007, comm. 2128, note Pontier.

⁶⁵ CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand*, *op. cit.*

⁶⁶ CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *op. cit.*

⁶⁷ CAA Nancy, 2 décembre 2004, *Mlle Anne X.*, Req. 98NC02315.

⁶⁸ 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. Sénès.

⁶⁹ 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.*

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 l'essentiel de leurs ressources, en tant qu'actionnaire aussi bien que comme partenaires⁷⁰. Dès lors que les relations contractuelles des sociétés publiques locales avec les collectivités territoriales sont assimilées à des prestations intégrées, il n'existe aucune barrière de principe à l'application de la théorie de la transparence.

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 de l'Autorité de la concurrence du 24 novembre 2011⁷¹ confirme ces doutes initiaux, sans toutefois se pencher sur toutes les difficultés liées à la création de sociétés intégralement publiques dans un environnement concurrentiel. Préoccupée par la sécurisation du recours à l'outil en marge des règles de la concurrence⁷², l'Autorité de la concurrence n'a pas pris toute la mesure d'un montage juridique étonnant : une personne morale de droit privé, créée par une personne publique et ayant automatiquement vocation à obtenir certains contrats auprès de cette personne. 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, dans la mesure où le juge administratif pourrait constater la transparence de cette forme de société.

⁷⁰ Article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales : « 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 ». Elles sont par conséquent dans l'obligation de nouer des relations contractuelles avec leurs actionnaires publics.

⁷¹ Aut. conc., 24 nov. 2011, n° 11-A-18, *Avis relatif à la création des sociétés publiques locales*, *AJDA* 2011, p. 1880, note Nicinski, *Contrats, conc., consom.*, 2012, comm. 26, note Prébissy-Schnall, *RLCT*, 2012, n° 79, 2197.

⁷² L'auteur de ces lignes remercie les organisateurs du colloque de Toulouse d'avoir organisé une Table ronde consacré au thème de l'amélioration et de la sécurisation des relations *in house*, sous la direction du Professeur Hoepffner, qui ont permis de replacer ces questions dans une perspective contentieuse éclairante.