



HAL
open science

Actionnariat partagé d'une société à capital public locale

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Actionnariat partagé d'une société à capital public locale: quand le législateur s'en mêle (et s'emmêle?). Actualité juridique Droit administratif, 2019, 29, pp.1690-1696. hal-02289250

HAL Id: hal-02289250

<https://hal.science/hal-02289250>

Submitted on 16 Sep 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.

AJDA 2019 p.1690

Actionnariat partagé d'une société à capital public locale

Quand le législateur s'en mêle (et s'emmêle ?)

Sébastien Brameret, Maître de conférences à l'université Grenoble-Alpes, CRJ

*
****L'essentiel**

La loi du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales assouplit les conditions de l'actionnariat partagé d'une SEML, d'une SPL, d'une SPLA ou d'une SPLAIN entre plusieurs collectivités territoriales ou groupements de collectivités. Ce faisant, le législateur a explicitement contré la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui avait strictement encadré cet actionnariat. L'horizon des collectivités actionnaire s'éclaircit, au moins provisoirement, dans l'attente d'une réforme législative d'ampleur, attendue pour 2020.

Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (JO 18 mai 2019, texte n° 1)

Il arrive parfois qu'un arrêt du Conseil d'Etat, en cherchant à mettre fin à un débat engagé entre plusieurs juridictions du fond sur l'interprétation à donner à une norme, déclenche le courroux du législateur. C'est ainsi que l'on pourrait présenter le contexte ayant conduit à l'adoption de la loi du 17 mai 2019, tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (EPL).

Le législateur ne s'en est d'ailleurs pas caché, les débats parlementaires ayant fait ressortir la volonté de « contrer », de « remettre en cause » (L. Hervé, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur la proposition de loi tendant à sécuriser l'actionnariat des SPL et des SEML, JO Sénat, 27 mars 2019, p. 7 et 19) et, au final, de « renverser la jurisprudence administrative » (P. Latombe, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation générale de la République sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales, JO Ass. nat., 30 avr. 2019, p. 7). Les rédacteurs de la proposition de loi visaient explicitement la jurisprudence *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMADC)* relative aux modalités de participation des collectivités territoriales ou de leurs groupements au capital de certaines formes de société à capital public locale, notamment la SPL (CE 14 nov. 2018, n° 405628, Lebon [📄](#) ; AJDA 2019. 113 [📄](#), note S. Damarey [📄](#) ; AJCT 2019. 91, obs. G. Le Chatelier [📄](#) ; JT 2018, n° 214, p. 3, obs. C. Devès [📄](#) ; RFDA 2019. 100, note S. Brameret [📄](#) ; RTD com. 2019. 349, obs. F. Lombard [📄](#) ; JCP Adm. 2019, n° 2020 et 2021, notes C. Devès et M. Karpenschif). Le Conseil d'Etat y développe une lecture très restrictive des conditions de l'actionnariat des collectivités territoriales et de leurs groupements, considérant que l'objet social de l'entreprise doit refléter l'intégralité des compétences détenues par chacun des actionnaires. Il est à noter que le second arrêt relatif à ce dossier, rendu à quelques jours d'intervalle, n'a pas suscité autant de débats alors même qu'il pose des questions (notamment contentieuses) délicates. Il autorise des tiers seulement potentiellement évincés d'une procédure d'attribution d'un contrat de la commande publique à saisir le juge administratif d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'acte même de création de la société (CE 21 nov. 2018, n° 405702, *Département du Puy-de-Dôme*, AJDA 2019. 494 [📄](#) ; JCP Adm. 2019, n° 2022, note S. Brameret).

La jurisprudence *SMADC* a créé un véritable séisme dans le (petit) monde de l'entrepreneuriat public local. Elle a d'ailleurs été présentée dans l'exposé des motifs de la proposition de loi comme portant « un coup d'arrêt à la possibilité de plus en plus utilisée par les collectivités territoriales de différents niveaux de constituer (des sociétés à capital public locales), contrairement à la volonté du législateur » (H. Marseille, A. Lefèvre, J. Bargeton et S. Robert, Etat. Gold, A. Fouché, Proposition de loi tendant à sécuriser l'actionnariat des SPL et des SEML, Sénat, 7 févr. 2019, p. 3). Déposée à l'initiative de parlementaires membres de la Fédération des entreprises publiques locales, dans des conditions qui interpellent au regard de la législation sur les représentations d'intérêts (S. Brameret, *La Fédération contre-attaque*, AJDA 2019. 657 [📄](#)), la proposition de loi était fortement soutenue par les acteurs publics locaux, afin de garantir l'existence de nombreuses entreprises (créées ou en cours de création), dont l'objet social ne correspondait pas aux critères dégagés par le Conseil d'Etat. La loi assouplit fortement les conditions de l'actionnariat des collectivités territoriales et de leurs groupements, en leur permettant de participer au capital social d'une entreprise dont l'objet social ne reflète pas l'intégralité de leurs compétences. La sécurisation apportée par la loi du 17 mai 2019 était attendue, mais elle demeure incomplète.

I - Une sécurisation attendue

La loi du 17 mai 2019 met un terme (définitif ?) au débat relatif à la possibilité, pour plusieurs collectivités territoriales ou groupement de collectivités, de devenir actionnaires d'une société d'économie mixte locale (SEML), d'une société publique locale (SPL), d'une société publique locale d'aménagement (SPLA) ou d'une société publique locale d'aménagement d'intérêt national (SPLAIN) alors qu'ils ne détiendraient qu'une fraction des compétences mises en oeuvre par l'objet social de l'entreprise. Pour en comprendre le contenu, il est nécessaire de revenir sur le contexte de la réforme.

A. Le contexte de la réforme

La loi du 17 mai 2019 trouve son origine dans la jurisprudence *SMADC* du Conseil d'Etat du 14 novembre 2018. Par une délibération du 23 mai 2013, le comité du Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles, composé de plusieurs communes et communautés de communes, a donné son accord à la transformation de la Société d'économie mixte pour l'exploitation des réseaux d'eau et

d'assainissement et la protection de l'environnement (SEMERAP) en SPL, désormais appelée Société d'exploitation mutualisée pour l'eau, l'environnement, les réseaux, l'assainissement dans l'intérêt du public (ainsi, l'acronyme SEMERAP ne change pas). Cette transformation n'a été accompagnée d'aucun changement dans l'objet social de l'entreprise^[1]. Saisi par le préfet du Puy-de-Dôme, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand annule la délibération, par un jugement du 1^{er} juillet 2014 (n° 1301728, *Préfet du Puy-de-Dôme*), confirmé par une décision de la cour administrative d'appel de Lyon du 4 octobre 2016 (n° 14LY02753, *SMADC*).

Derrière l'aspect technique de la question posée au juge administratif se profile un enjeu plus théorique pour les collectivités territoriales et leurs groupements. Il s'agit de préciser les conditions de leur actionnariat dans le capital d'une société commerciale et, plus largement, les modalités de leur intervention dans le secteur économique par le biais d'une EPL. L'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) impose une double contrainte aux collectivités territoriales et à leurs groupements pour la création d'une SPL. D'une part, elle doit répondre à un besoin public, dont le contenu est limitativement énuméré par le code. Cette condition ne pose pas de réelle difficulté en l'espèce, la SEMERAP étant chargée, à titre principal, de missions liées à la gestion de l'eau potable et à l'assainissement. D'autre part, l'actionnariat des collectivités ou de leurs groupements est limité aux seules sociétés intervenant « dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi ». La formule est lapidaire et le code est, en particulier, silencieux quant à la question de savoir à quelle(s) condition(s) une collectivité territoriale ou son groupement peut devenir actionnaire d'une société dont l'objet social ne reflète que partiellement ses compétences. La situation de la SEMERAP est, de ce point de vue, délicate, car le capital est réparti entre différents niveaux de collectivités, dont des communes, des établissements publics de coopération intercommunale et un département. Or, les communes qui transfèrent leur participation à l'échelon intercommunal ne disposent plus, en théorie, de la compétence justifiant leur actionnariat. Par ailleurs, la limitation de la clause générale de compétences aux seules communes a fragilisé l'actionnariat départemental aux côtés des communes et intercommunalités, leurs compétences étant désormais plus strictement distinguées.

Formulée autrement, la question posée est celle d'un possible partage (ou d'une mutualisation) des compétences par le recours à une SPL, dès lors que la société est créée entre plusieurs niveaux de collectivités ou entre des niveaux de collectivités ne disposant pas exactement des mêmes compétences. Cette interrogation est largement transposable à la SEML, dont les modalités de création issues de l'article L. 1521-1 du CGCT sont quasiment identiques à celles de la SPL. Dans sa décision *SMADC*, le Conseil d'Etat tranche entre plusieurs interprétations proposées par les juges du fond (v. S. Brameret, Actionnariat d'une société à capital public locale et compétence partagée : la fin des débats ?, RFDA 2019, 100^[2]) et adopte une lecture particulièrement restrictive des conditions de l'actionnariat public, excluant la participation « lorsque [une] collectivité territoriale ou [un] groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société » (CE 14 nov. 2018, *SMADC*, préc., pt 4). Il est désormais impossible pour plusieurs collectivités ou groupements disposant de compétences distinctes mais complémentaires de s'associer au capital d'une SEML ou d'une SPL(A).

B. Le contenu de la réforme

La loi du 17 mai 2019 est très brève. Cinq articles, dont trois ont pour objectif de contrer la jurisprudence administrative en interprétant beaucoup plus soupagement le lien entre compétence et objet social de l'entreprise (l'art. 4 a pour objet de sécuriser l'existence des sociétés constituées avant l'entrée en vigueur de la loi - v. IIB ; l'art. 5 étend son application aux territoires de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie). Désormais, les articles L. 1522-1 du CGCT (pour la SEML), L. 1531-1 (pour la SPL) et L. 327-1 (pour la SPLA et la SPLAIN) prévoient que lorsqu'il y a plusieurs collectivités ou groupement actionnaires, « la réalisation de [l'objet social de l'entreprise] concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires »^[2].

Issu d'une proposition de loi sénatoriale, le texte a été adopté très rapidement (à peine trois mois, après une seule lecture au Sénat puis à l'Assemblée nationale), au terme d'un débat marqué par un très fort consensus des parlementaires, malgré les réserves que le gouvernement a tenté d'apporter à plusieurs reprises. Tous ses amendements ont, par exemple, été rejetés au Parlement, l'Assemblée ayant, par ailleurs, adopté le texte du Sénat sans modification. Cela s'explique, notamment, par le fait que, selon les parlementaires, « une application stricte dans la jurisprudence du Conseil d'Etat porterait une atteinte immédiate à la viabilité économique d'un grand nombre de SPL », « sept cas létaux [ayant] été relevés au cours des auditions » (L. Hervé, Rapp. préc., p. 18). Les auteurs de la proposition soulignent un risque « d'atomisation de l'action publique locale par le démembrement entre plusieurs entités de SPL ou SEM » (proposition de loi préc., exposé des motifs). Une intervention du législateur était d'autant plus nécessaire que le Conseil d'Etat a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à une éventuelle inconstitutionnalité des dispositions du CGCT. Plus particulièrement, il relève que « les dispositions de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales [telles qu'interprétées par la jurisprudence *SMADC*] poursuivent l'objectif d'intérêt général de respect des compétences propres attribuées par la loi à chacune des personnes publiques locales ainsi que l'objectif d'intérêt général d'une application stricte des règles dérogatoires de passation des contrats de la commande publique prévues pour les relations internes au secteur public », que « le législateur a défini sur ce point une règle suffisamment précise et intelligible quant à son objet et à sa portée, sans méconnaître la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour la détermination des principes fondamentaux des compétences et de la libre administration des collectivités territoriales » et que, dès lors, les dispositions du code ne portent atteinte ni au principe de libre administration des collectivités territoriales ni à celui de la liberté d'entreprendre (CE 29 mai 2019, n° 428708, *SMADC*).

Désormais, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses, suivant que la question de l'actionnariat est posée lors de la création de la société ou en cours de vie sociale. La loi simplifie l'actionnariat public lors de la création d'une société, en revenant sur la jurisprudence *SMADC*. Une société peut être constituée autour d'actionnaires publics différents, à la double condition que l'objet social de l'entreprise inclue plusieurs activités qui « doivent être complémentaires » et que « la réalisation de cet objet concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires » (CGCT, art. L. 1531-1). En cours de vie sociale, l'évolution de la répartition des compétences entre les actionnaires s'apprécie au regard des dispositions (inchangées) de l'article L. 1521-1 du CGCT, applicable à la SPL en vertu de la jurisprudence *SMADC*. L'effort de sécurisation, voulu par le législateur, demeure cependant incomplet.

II - Une sécurisation incomplète

La loi du 17 mai 2019, adoptée dans un calendrier parlementaire contraint, soulève plusieurs questions, d'importance inégale, dont les juges pourraient être saisis dans les prochains mois ou années. Au-delà du manque de clarté rédactionnelle, certaines dispositions de la loi

souffrent d'un risque d'inconstitutionnalité.

A. Un manque de clarté rédactionnelle

En premier lieu, la formulation du principe retenu par le législateur nécessite un certain nombre de précisions, qui seront apportées par voie de circulaire (projet de Circ. NOR : TERB1915137J, relative à l'application de la loi n° 2019-463 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales dans sa version du 17 juin 2019). Le texte revient plus spécifiquement sur les deux conditions de l'actionnariat. D'une part, si la loi reconnaît la possibilité de créer des sociétés ayant plusieurs objets sociaux, ce que la circulaire désigne par l'expression de « sociétés à objet "mixte" » (Circ. préc., I.), elle rappelle que la complémentarité entre ces objets doit être réelle. Ainsi, une « conception purement financière du principe de complémentarité, qui conduirait à une réunion d'activités au sein d'une même société dans le seul but de parvenir à un équilibre financier, serait illicite » (Circ. préc., II.3.). La circulaire ne définit toutefois pas de façon positive ce que seraient des compétences complémentaires, ce qui pourrait donner lieu à une interprétation extensive. Par exemple, une même société pourrait-elle être chargée de l'ensemble des activités liées aux déplacements sur un territoire urbain (la construction et l'exploitation de parkings, l'exploitation d'un réseau de transport public et la gestion de la mobilité douce par la mise en place d'un service de location de vélos) ?

D'autre part, la question de la compétence de chaque actionnaire fait l'objet d'une double précision. « Chaque collectivité territoriale ou groupement actionnaire doit être compétent pour au moins une partie de l'objet social de la société » : la circulaire reprend la jurisprudence administrative, qui a eu l'occasion de censurer la création de sociétés ne reflétant aucune des compétences de ses actionnaires (par ex., CAA Bordeaux, 5 juill. 2005, n° 02BX01160, *Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne*). Il s'agit d'éviter que la société intervienne sur le fondement de « compétences orphelines » (P. Latombe, Rapp. préc., p. 21), c'est-à-dire ne pouvant être rattachées à aucun actionnaire public.

Par ailleurs, « la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement au capital d'une EPL ne doit pas constituer un contournement de la répartition des compétences entre collectivités territoriales » (Circ. préc., II.5.). C'est sans doute le point d'interprétation le plus délicat de la loi du 17 mai 2019. Lors des débats parlementaires, le gouvernement a exprimé son souhait que la participation d'une collectivité ou de son groupement soit conditionnée à la démonstration que l'entreprise « consacre une part significative et régulière de son activité » à la mise en oeuvre de la partie de l'objet social correspondant à la compétence de l'actionnaire (pour un résumé des débats entre le gouvernement et le Parlement, v. P. Latombe, Rapp. préc., p. 22). Le législateur a choisi de ne pas reprendre ces termes, qualifiés « d'ambigus » et laissant « une place excessive à l'interprétation de l'administration et de la juridiction administrative », car il serait « impossible de déterminer le seuil à partir duquel ce caractère serait significatif et régulier » (P. Latombe, préc.). La circulaire renvoie aux propos du rapporteur du texte à l'Assemblée, selon lequel « le mécanisme que nous adoptons ne doit pas donner lieu à des abus de droit, à des détournements qui permettraient à une collectivité de financer 90 % d'une EPL alors que ses compétences ne seraient que marginalement couvertes par l'action de cette dernière. Je crois qu'il s'agit là d'une règle évidente qui n'a pas besoin d'être répétée : les EPL ne sont pas un moyen de revenir subrepticement sur la répartition des compétences » (Circ. préc., II.5., renvoyant au rapport préc., p. 36). Il s'agissait, pour le rapporteur, de « clarifier l'intention du législateur » en explicitant l'esprit de la loi de 2019 (P. Latombe, Rapp. préc., p. 21).

Il n'en demeure pas moins que cette précision ne figure pas dans le texte de la loi, pouvant donner lieu à interprétation, tant de la part des collectivités territoriales et de leurs groupements que de l'administration et du juge administratif.

En second lieu, le texte contient un certain nombre d'imprécisions rédactionnelles. En voulant simplifier, le législateur complexifie - une nouvelle fois - le droit applicable aux sociétés à capital public locales. D'un point de vue formel, les dispositions de la loi du 17 mai 2019 sont éparpillées dans un nombre important de textes, dont certains se recoupent plus ou moins partiellement.

Le droit applicable aux sociétés à capital public locales résulte d'une lecture combinée de dispositions générales (CGCT, art. L. 1521-1 et s. applicables à la SEML) et de mécanismes dérogatoires du régime général. Premier niveau de dérogation, l'article L. 1531-1 du CGCT qui prévoit que la SPL est soumise aux dispositions applicables à la SEML, sous réserve de celles relatives à la composition du capital social. Second niveau de dérogation, les articles L. 327-1 et suivants du code de l'urbanisme relatifs à la SPLA et à la SPLAIN sont également des exceptions aux règles (déjà dérogatoires) applicables à la SPL. Le Conseil d'Etat a déduit de cette construction en poupées russes que ces différents articles doivent faire l'objet d'une lecture combinée. Ainsi, la règle du transfert de capital en cours de vie sociale s'applique, dans le silence de l'article L. 1531-1 du CGCT, à la SPL (CE 14 nov. 2018, *SMADC*, préc., pt 4). Par voie d'extension, il est possible d'affirmer qu'elle s'applique également aux SPLA(IN) des articles L. 327-1 du code de l'urbanisme. Il eût été dès lors plus simple (et peut-être plus efficace) pour le législateur de se limiter à une modification de l'article L. 1521-1 du code, quitte à préciser qu'il est applicable aux SPL (A/IN). Au lieu de cela, la loi précise désormais de façon séparée le régime applicable à chaque forme de société, sans qu'une logique d'ensemble n'apparaisse.

La situation de la SEML est en pratique encore plus complexe, les règles de compétence étant réparties dans deux articles distincts. L'article L. 1521-1 du CGCT, dans sa rédaction issue de la loi du 7 juillet 1983, mentionne la possibilité de créer une société disposant d'une pluralité d'objets sociaux complémentaires ; l'article L. 1522-1 autorise, depuis la loi du 17 mai 2019, l'actionnariat de différents niveaux de collectivités ou groupements, dès lors que la réalisation de l'objet social concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires. La disposition de ces deux règles (dont la lecture est nécessairement combinée) dans deux articles différents interroge. Elle résulte d'une modification de la proposition de loi initiale lors de son passage en première lecture au Sénat, afin de l'inclure dans un article qui « porte spécifiquement sur les règles applicables à la prise de participations dans les SEML » (L. Hervé, Rapp. préc., p. 29). Pourtant, cette mesure est applicable aux autres formes de société. Dès lors, l'intérêt de la retirer de l'article traitant du droit général applicable aux sociétés à capital public locales reste flou.

Pour les SPL, l'article L. 1531-1 reprend explicitement les dispositions applicables aux SEML. L'effort de regroupement (et donc de clarification) de ces deux dispositions est louable, même s'il n'y a pas vraiment d'intérêt à une telle reprise, dans la mesure où cette règle « s'appliquait par renvoi du régime qui leur est applicable vers celui des SEML » (Circ. préc., II.3.). Cette mention ajoute au contraire à la

confusion, car elle figure dans un article présenté comme dérogoire du droit commun des SEML.

Par ailleurs, la loi du 17 mai 2019 ne confirme pas explicitement l'interprétation du Conseil d'Etat relative à l'applicabilité à la SPL du mécanisme de cession obligatoire des deux tiers de leurs participations en cours de vie sociale. L'article L. 1521-1 du CGCT prévoit, en effet, que « la commune actionnaire d'une société dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a intégralement transférée à un établissement public de coopération intercommunale [...] peut continuer à participer au capital de cette société à condition qu'elle cède à l'établissement public de coopération intercommunale [...] plus des deux tiers des actions qu'elle détenait antérieurement au transfert de compétences ». Dans sa décision *SMADC*, le Conseil d'Etat procède à une lecture combinée des articles L. 1521-1 et L. 1531-1 et considère que le mécanisme du transfert obligatoire s'applique également, dans le silence du code, aux SPL (CE 14 nov. 2018, préc., pt 4). D'un point de vue rédactionnel, il est étonnant que le législateur n'ait pas expressément consacré cette hypothèse pour la SPL, afin de limiter les risques d'une mauvaise interprétation de la loi. Faut-il voir dans cette spécialisation une marque de défiance à l'encontre de l'application de ce mécanisme à la SPL ? La lecture du dossier législatif et de la circulaire interprétative ne permet pas de répondre clairement à cette question, qui pourrait faire l'objet d'un nouveau feuillet jurisprudentiel. Il semble cependant que la volonté du législateur a été de limiter la jurisprudence du Conseil d'Etat en ce qui concerne la seule création d'une société. Dès lors, il paraît logique de continuer à appliquer la règle de la cession obligatoire des deux tiers de l'article L. 1521-1 aux SPL. Et ce d'autant plus que le mécanisme figure parmi les dispositions de droit commun applicables à toutes les formes de sociétés. Il est regrettable que le législateur n'ait pas harmonisé la rédaction du code sur ce point.

Pour les SPLA(IN), la lecture de la loi du 17 mai 2019 n'est pas non plus des plus évidentes : l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme ne reprend pas la possibilité pour la société d'exercer plusieurs activités complémentaires, se contentant de renvoyer au fait qu'elle doit permettre la mise en oeuvre des compétences de chaque actionnaire. La circulaire précise, à cet égard, que cette mention « n'a pas été ajoutée à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme applicable aux SPLA et SPLA-IN, dans la mesure où l'objet de ces sociétés est davantage circonscrit et précisé par la loi » (p. 4). Est-ce à dire qu'elles ne peuvent pas exercer une pluralité d'activités ? Certainement pas, tant que celles-ci sont suffisamment complémentaires et restent dans le domaine strictement délimité de l'aménagement. Il n'en demeure pas moins qu'un traitement différencié, au moins d'un point de vue rédactionnel, des formes de société à capital public locale n'est pas gage de simplification ni de clarification de leurs régimes juridiques.

B. Un risque d'inconstitutionnalité ?

Le législateur a fait le choix de conférer à la loi de sécurisation un caractère rétroactif, en précisant que « sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les dispositions de la présente loi s'appliquent aux sociétés mentionnées aux articles L. 1521-1 et L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales et à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme constituées antérieurement à sa date de publication » (loi du 17 mai 2019, préc., art. 4). Il s'est ainsi engagé sur le chemin, parfois sinueux, d'une validation législative de la situation des sociétés existantes. Si la logique sous-tendant l'insertion d'un tel article peut se comprendre (assurer la viabilité des sociétés créées avant son entrée en vigueur), sa rédaction appelle toutefois deux séries de remarques.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel retient une approche de plus en plus restrictive de la possibilité, pour le Parlement, d'adopter des lois de validation. Sa jurisprudence s'est cristallisée autour de cinq critères : la validation doit poursuivre un but d'intérêt général suffisant ; elle doit respecter les décisions de justice ayant force de chose jugée (faute de quoi, c'est le principe de la séparation des pouvoirs qui est méconnu) ; elle doit respecter le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; l'acte validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle ; la portée de la validation doit être strictement définie (Cons. const. 22 juill. 1980, n° 80-119 DC, précisée par Cons. const. 29 déc. 1999, n° 99-425 DC, AJDA 2000. 43 [📄](#), note J.-E. Schoettl [📄](#) ; RFDA 2000. 289, note B. Mathieu [📄](#)). Sur le premier point, le Conseil a fait évoluer sa jurisprudence, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme (28 oct. 1999, n° 24846/94, *Zielinski c/ France*, AJDA 2000. 526, chron. J.-F. Flauss [📄](#) ; D. 2000. 184 [📄](#), obs. N. Fricero [📄](#) ; RFDA 2000. 289, note B. Mathieu [📄](#) ; et 1254, note S. Bolle [📄](#)), et retient désormais comme condition le fait que la validation répond à « un motif impérieux d'intérêt général » (Cons. const. 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, *Société Maflow France*, AJDA 2014. 1204 [📄](#), note J. Roux [📄](#) ; AJCT 2014. 268, obs. M.-C. Clémence [📄](#) ; RFDA 2014. 589, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau [📄](#)).

Dans le cas de la loi du 17 mai 2019, seule la condition de l'intérêt général pourrait poser des difficultés, l'article 4 de la loi précisant que la validation s'applique « sous réserve des décisions passées en force de la chose jugée ». Un motif d'intérêt général, lié à la sauvegarde des sociétés déjà créées, pourrait être invoqué. Mais il n'est pas certain qu'il puisse recevoir la qualification « d'impérieux » au sens de la jurisprudence, sauf à considérer que la sauvegarde des entreprises déjà créées est justifiée par un motif de préservation du fonctionnement du service public. En toute hypothèse, l'argument invoqué par les sénateurs, selon lesquels ces sociétés « représentent près de 14 milliards d'euros de chiffre d'affaires annuel, emploient 65 000 personnes et fournissent un logement à 1,4 million de nos compatriotes » (Sénat, CR, 4 avr. 2019, p. 5177), ne semble pas correspondre aux standards issus des jurisprudences européenne et constitutionnelle.

En second lieu - et quelle que soit l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel suite à une (très) hypothétique saisine dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité -, l'intérêt même d'une validation législative peut être discuté. Les sociétés à capital public locales, de par leur nature institutionnelle, ont l'obligation de s'adapter aux évolutions législatives. Il ne s'agit pas de simples contrats, régis par le droit applicable au jour de leur signature. Dès lors, inscrire dans la loi qu'elles doivent désormais la respecter n'a que peu d'intérêt pratique. Elle ne vise, en réalité, que les contentieux en cours au moment de son adoption, obligeant le juge à substituer la définition légale à celle de la jurisprudence *SMADC*. Il en serait allé différemment si le législateur avait souhaité valider l'existence de sociétés ne répondant pas aux nouvelles conditions qu'il définit. Ce qui n'est pas le cas puisque, au contraire, le législateur a conforté une situation préexistante. Au final, il eût sans doute été plus simple - et moins risqué d'un point de vue juridique - d'inviter, par voie de circulaire, les collectivités territoriales et leurs groupements à s'assurer que leur actionnariat répond aux conditions posées par la loi et, à défaut, de s'y mettre en conformité.

Si l'effort du législateur pour sécuriser l'actionnariat des collectivités territoriales et de leurs groupements au sein de leurs sociétés à capital public locales est louable - quelle que soit l'opinion que l'on pouvait avoir de la jurisprudence *SMADC* -, la réforme du 17 mai 2019 souligne,

une nouvelle fois, l'impérieuse nécessité d'une refonte d'ensemble de la législation applicable aux sociétés à capital public locales, devenue, au fil des années, complexe et peu compréhensible.

Mots clés :

DROIT PUBLIC DE L'ECONOMIE * Entreprise publique * Société publique locale * Fonctionnement * Actionnariat public * Société d'économie mixte * Relation avec les actionnaires

(1) Selon ses statuts, la SEMERAP exerce des missions relatives aux services publics de l'eau potable, de l'assainissement collectif, de l'assainissement non collectif, du traitement des déchets et de l'entretien et du suivi des bassins d'eau, des missions relatives à la collecte, au transport, au stockage, au traitement des eaux pluviales et à l'élimination de boues détruites et des missions relatives à la surveillance, à l'entretien et au contrôle des infrastructures de défense incendie extérieure.

(2) Par contre, les dispositions de la loi du 17 mai 2019 ne sont pas applicables à la société d'économie mixte à opération unique qui ne peut, par nature, être détenue que par une seule collectivité ou un seul groupement (CGCT, art. L. 1541-1).