



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droits français et italien**  
**Dirigé par Monsieur le Professeur Guillaume LEYTE**  
**2011**

***L'évolution des modalités de gestion  
des services publics locaux***

***Le cadre juridique après la loi du 28 mai 2010  
pour le développement des sociétés publiques locales***

**Giacomo ROMA**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves GAUDEMET**

## Remerciements

Ce mémoire représente la conclusion de deux années d'études passionnantes. Elles ont été possibles grâce à la collaboration entre les Universités de Rome "La Sapienza" et Panthéon-Assas Paris II, qui m'a donné l'occasion d'enrichir mon parcours universitaire par des réflexions approfondies et précieuses.

Je souhaite remercier particulièrement Monsieur la Professeur Yves Gaudemet, qui a accepté de diriger ce travail, pour ses indications et pour l'intérêt qu'il porte vers les différents systèmes juridiques, notamment vers l'Italie.

Je souhaite remercier également toutes les personnes que j'ai rencontrées à l'Université Panthéon-Assas, étudiants et enseignants, pour les échanges que nous avons pu avoir et qui peuvent avoir inspiré une partie de ce travail, ainsi que tous ceux qui, de près ou de loin, m'ont encouragé et soutenu.

Enfin, un remerciement à Benedetta et Frédéric, non seulement pour leurs conseils linguistiques, mais également pour leur constante disponibilité.

*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

*La diffusion de ce mémoire est autorisée exclusivement à travers la banque des mémoires du site Internet de l'Université Panthéon-Assas. Pour tout renseignement complémentaire, son auteur peut être contacté à l'adresse [giacomo.roma@yahoo.it](mailto:giacomo.roma@yahoo.it).*

## Précisions rédactionnelles

Dans le texte, nous utilisons l'adjectif "communautaire" pour se référer à l'ordre juridique européen. Même si ce terme ne devrait plus avoir droit de cité après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (1<sup>er</sup> décembre 2009) et devrait être substitué par la mention "de l'Union européenne", son usage doit être admis pour les références antérieures, comme dans le cas de la plupart des actes (directives, arrêts) utiles aux fins de ce travail.

Pour faciliter la lecture, les décisions en justice ont été citées par le seul nom du premier requérant au principal. Les références complètes (date, noms des parties, numéro de l'affaire) ont été rassemblées à la fin de ce travail. De même, les références bibliographiques relatives aux arrêts cités dans le texte sont également reproduites à la fin de ce travail, et non pas dans les notes.

Pour se référer aux structures décrites par la Cour de justice dans l'arrêt *Teckal*, les termes *in house* ou *in house providing*, contrats maison, quasi-régies, prestations intégrées, exception ou critères *Teckal* ont été indifféremment utilisés. Même si la commission générale de terminologie et de néologie retient actuellement l'appellation de quasi-régie (JORF 19 novembre 2008), tel choix permet d'éviter la répétition de la même expression.

Les principales abréviations utilisées sont les suivantes:

AJDA	<i>Actualité juridique – Droit administratif</i>
C. com.	Code de commerce
C. urb.	Code de l'urbanisme
CAA	Cour administrative d'appel
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CDBF	Cour de discipline budgétaire et financière
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJF	Code des juridictions financières
CMP	Code des marchés publics
<i>CMP</i>	<i>Contrats et marchés publics</i>
CRC	Chambre régionale des comptes
<i>D.</i>	Dalloz recueil
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>EDCE</i>	Etudes et documentation du Conseil d'Etat
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
EPIC	Etablissement public industriel et commercial
GIP	Groupement d'intérêt public
<i>JCP A</i>	<i>La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales</i>
JO AN	Journal officiel – Assemblée nationale
JORF	Journal officiel de la République française
OPAC	Office public d'aménagement et construction
OP HLM	Office public d'habitations à loyer modéré
PPPI	Partenariat public-privé institutionnalisé

Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
SA HLM	Société anonyme d'habitations à loyer modéré
SEML	Société d'économie mixte locale
SPA	Service public à caractère administratif
SPIC	Service public à caractère industriel et commercial
SPL	Société publique locale
SPLA	Société publique locale d'aménagement
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits

# Sommaire

<b>Introduction .....</b>	<b>2</b>
 <b>PREMIÈRE PARTIE – LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES ET LE PAYSAGE CLASSIQUE DU DROIT ADMINISTRATIF</b>	
<b>Chapitre 1 – L'impact des SPL sur les structures existantes .....</b>	<b>14</b>
<b>Chapitre 2 – Les instruments de fonctionnement .....</b>	<b>31</b>
 <b>SECONDE PARTIE – LES LIMITES ET LES CONDITIONS DU SUCCÈS DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES</b>	
<b>Chapitre 1 – Les contrôles .....</b>	<b>47</b>
<b>Chapitre 2 – Le financement des activités .....</b>	<b>60</b>
 <b>Annexes .....</b>	 <b>75</b>
<b>Table de jurisprudence .....</b>	<b>95</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>101</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>109</b>



# Introduction

« En opposant le libéralisme communautaire et le dirigisme des directives relatives aux marchés publics, on oublie aussi, pour paraphraser une formule célèbre, qu'entre les États membres, c'est la liberté qui cloisonne et c'est la réglementation communautaire qui libère : pour assurer la liberté et l'égalité d'accès des entreprises de tous les États membres aux marchés publics des États membres autres que les leurs, il faut imposer des prescriptions aux différentes autorités qui en concluent »<sup>1</sup>. Comme le Professeur Pierre Delvolvé le soulignait déjà en 1988, le droit de l'Union européenne intervient largement sur les espaces de liberté traditionnels des personnes publiques, de la liberté contractuelle à la liberté d'organisation. Bien avant des considérations d'ordre économique et concurrentiel, la jurisprudence relative aux quasi-régies s'est fondée sur les règles générales, et fondatrices en droit, de la personnalité morale, à travers l'utilisation d'une fiction juridique : comme le Conseil d'État l'avait déjà relevé en 1970 dans son arrêt *Société Unipain*<sup>2</sup>, il ne peut pas y avoir de contestation quant à l'opportunité pour une administration de se prévaloir des services d'un autre organe, dès lors que les deux entités n'ont pas deux personnalités juridiques distinctes et doivent être identifiées avec la personne morale-État. En faisant application de ce simple principe, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a posé les fondements de celle qui serait ensuite devenue la jurisprudence sur les prestations intégrées ou *in house*. Dans son arrêt du 18 novembre 1999, *Teckal srl*, la Cour a analysé une espèce qui, à première vue, ne devait pas présenter de difficultés : une commune italienne, la commune de Viano, avait confié à l'AGAC, un groupement dont elle faisait partie avec l'ensemble des communes de la province de Reggio Emilia, la gestion du service de chauffage de certains bâtiments communaux. Il était question de l'absence d'une procédure d'appel d'offres, contestée par la société Teckal. Le juge administratif italien demandait en substance à la Cour si les dispositions du droit communautaire en matière de passation des marchés publics sont applicables lorsqu'une collectivité territoriale confie la fourniture de produits et la prestation de services à un groupement auquel elle participe. La Cour s'est interrogée sur la présence d'un marché de fournitures (et non d'un marché de services, à l'époque régi par une directive différente, comme le juge national lui avait erronément demandé) : si tel était le cas et si le montant estimé du marché, hors taxe sur la valeur ajoutée, était égal ou supérieur à 200 000 écus, la directive n° 93/36/CEE devait être considérée comme applicable. La Cour a analysé d'abord le type de relation entre la commune et l'AGAC, en le identifiant comme marché de fournitures, compte tenu de l'existence d'un échange de prestations contre paiement d'un prix. L'exception *in house* est présentée aux paragraphes 49 à 51, lors de l'examen de l'existence d'un contrat, à travers un *a contrario* par rapport à la situation concrète : la Cour a conclu pour l'application de la directive à l'espèce, mais elle a posé pour l'avenir les deux fameux critères qui ont fait l'objet de précisions dans la jurisprudence successive et de nombre d'interrogations dans les commentaires. Dans ses conclusions sur cet arrêt, l'avocat général Georges Cosmas avait en fait précisé que l'applicabilité

---

<sup>1</sup> DELVOLVÉ (P.), « Les marchés publics européens. Rapport de synthèse », *RFDA*, 1988, p. 762-770.

<sup>2</sup> CE, 29 avril 1970, *Société Unipain* ; Rec. p. 280; *AJDA*, 1970.430, concl G. Braibant ; v. également CE, Sect., 27 juin 1930, *Bourrageas et Moullot*, Rec. p. 659, pour la possibilité de faire procéder par ses propres agents aux travaux nécessaires « au fonctionnement de ses services ».

de la directive dépendait du « concours de deux volontés autonomes qui représentent deux intérêts légitimes distincts ». Il se référait à la nécessité pour le juge national d'identifier la « forme habituelle de relations qui caractérise les relations contractuelles de deux sujets distincts » pour pouvoir conclure à l'application de la directive. L'avocat général considérait que l'objectif d'assurer l'existence d'une concurrence libre et non faussée, poursuivi par le législateur communautaire dans la coordination des procédures de passation des marchés, ne pourrait être atteint si les pouvoirs adjudicateurs avaient la possibilité « de s'adresser à des entités distinctes, dont ils conservent le contrôle soit absolu soit relatif, pour la fourniture de biens, en violation de la réglementation communautaire pertinente » (§64-65) : le lien était donc d'ores et déjà fait entre le principe théorique de l'impossibilité de conclure à l'existence d'un contrat dans l'absence de deux volontés distinctes et une interprétation téléologique, à laquelle les juges de la Cour sont habitués, qui tend à protéger les exigences d'une concurrence non faussée. Les deux critères posés par la Cour à l'occasion de cet arrêt sont très connus, mais il n'est pas inutile de les rappeler pour vérifier de quelle façon ils ont été mis en œuvre et quelle importance ils ont réciproquement acquis. Pour écarter l'application des règles communautaires sur la passation des marchés, la Cour exige, d'abord, que la personne publique exerce sur l'opérateur un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; ensuite, la Cour pose la condition, cumulative, de l'activité captive : l'entité doit réaliser « l'essentiel de son activité avec la ou les personnes qui la détiennent ». Il est possible de considérer, selon l'idée exprimée par l'avocat général Leendert Adrie Geelhoed dans ses conclusions sur l'arrêt *ANAV* du 6 avril 2006, que la Cour a ensuite ajouté une troisième condition à celles posées dans l'arrêt *Teckal* : « l'exigence que les deux critères mentionnés doivent être remplis en permanence ». Dans l'arrêt *Commission c. Autriche* du 10 novembre 2005, en effet, la Cour a examiné une espèce dans laquelle la passation d'un contrat avec une quasi-régie avait été suivie dans des brefs délais par l'ouverture de cette dernière à des capitaux privés : pour éviter ces manœuvres frauduleuses, les juges ont imposé un certain contrôle de la procédure dans son ensemble.

La seule justification possible de la démarche de la Cour de justice est le fait que telles entités ne peuvent pas être regardées comme des opérateurs agissant sur un marché concurrentiel : le droit de l'Union européenne ne préjugeant pas la possibilité pour les collectivités locales d'assurer directement la gestion des activités d'intérêt général, ni n'imposant le recours à des entités externes, ces organismes sont assimilés aux services des personnes qui les contrôlent. Comme il est régulièrement rappelé par la jurisprudence (cf., entre autres, les points 23 et 44 de l'arrêt du 11 janvier 2005, *Stadt Halle*), la mise en place des règles communautaires sur les marchés publics est directement liée à la création du marché intérieur, dans le respect des principes des traités<sup>3</sup>. L'enjeu n'est pas négligeable, parce que les entreprises publiques locales dans les pays membres sont au nombre de 16 000 environ et, dans la très grande majorité des cas, leur capital est entièrement public : si les personnes publiques ont voulu créer des entités distinctes pour la gestion des services industriels pour les

---

<sup>3</sup> Les considérants 2 et 3 de la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 relative aux marchés de services énonçaient déjà qu'il importe « d'arrêter les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur [...] ; que le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée et que ces objectifs exigent la coordination des procédures de passation des marchés publics de services ».

raisons les plus variées, de la recherche d'efficacité à la souplesse et à l'utilisation de règles issues du droit privé, elle ne souhaite pas perdre le contrôle sur des activités fondamentales pour leur fonctionnement, en se soumettant à l'obligation de passer des contrats avec des opérateurs privés.

**Remarques préliminaires.** Deux remarques préliminaires de caractère général sont nécessaires : elles concernent les définitions utilisées et le champ d'application des critères dégagés par la jurisprudence.

Du point de vue de la définition de marché *in house*, d'abord, l'avocat général Juliane Kokott a rappelé dans ses conclusions sous l'arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen* que les marchés *in house* peuvent être considérés au sens strict et au sens large : dans le premier cas, il s'agit d'opérations à l'intérieur d'un même organisme de droit public, dès lors que l'attributaire du marché est un service non doté de la personnalité juridique propre. Ce cas de figure ne pose pas de difficultés, parce que l'application des règles de l'Union européenne serait en principe exclue. Pour cette raison, il faut se référer aux marchés *in house* au sens large, c'est-à-dire dans des cas dans lesquels les règles européennes auraient à s'appliquer, mais elles sont écartées en vertu de la jurisprudence *Teckal*. Cette situation, parfois appelée de « quasi-*in house* », est en réalité la seule à mériter des développements spécifiques : pour cette raison, la notion de *in house* ou de prestations intégrées se réfère généralement à celle-ci. L'applicabilité de la jurisprudence *Teckal* a été examinée dans trois hypothèses différentes, qui sont rappelées par l'avocat général Christine Stix-Hackl dans ses conclusions sur l'arrêt *Stadt Halle* : il peut s'agir du lien du pouvoir adjudicateur soit avec des sociétés propres, c'est-à-dire des sociétés avec une participation de 100% du pouvoir adjudicateur ou d'entités qui lui sont assimilables, soit avec des sociétés publiques mixtes, c'est-à-dire des sociétés auxquelles participent plusieurs pouvoirs adjudicateurs, soit encore avec des sociétés d'économie mixte, c'est-à-dire des sociétés auxquelles participent également de véritables personnes privées. La Cour a donné des réponses différentes dans les trois cas de figure, qui seront reprises dans les développements qui suivent.

En ce qui concerne le champ d'application de la jurisprudence sur les prestations intégrées, il faut rappeler qu'elle a été formulée pour la première fois dans une affaire dans laquelle la Cour était appelée à interpréter les dispositions d'une directive. Il a été question, dans la jurisprudence successive, de son application en dehors du champ du droit dérivé, notamment en ce qui concerne les concessions de services qui demeurent soumises exclusivement aux principes du droit primaire. Dans ses conclusions sur l'arrêt du 21 juillet 2005, *CONAME*, l'avocat général Stix-Hackl considérait que les concessions de service répondent à un régime particulier fixé en vertu des principes du Traité : les règles de transparence imposées par la jurisprudence relativement au droit primaire, par exemple le « degré de publicité adéquat » de l'arrêt *Telaustria*<sup>4</sup>, imposeraient de ne pas se contenter des exceptions dégagées par la jurisprudence relative aux directives. Au contraire, l'avocat général Kokott dans ses conclusions sous l'arrêt *Parking Brixen* expliquait qu'il n'est pas possible d'imaginer une réglementation plus stricte en dehors du champ d'application des directives qu'à

---

<sup>4</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verglas GmbH et Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, aff. C-324/98 ; Rec. CJCE 2000, I-10745.

l'intérieur de ce champ. En outre, elle ajoutait que, comme les directives édictent des règles dans le respect des principes du traité, toute exception contenue dans les directives constitue une exception aux principes, et elle peut exister même en dehors de la prévision textuelle de la directive. Cette dernière position a été retenue dans la jurisprudence de la Cour de justice (cf. arrêts *Stadt Halle*, point 49 ou *Parking Brixen*, point 62) : cela montre que, au-delà de l'interprétation des textes qui lui est demandée par les juridictions de renvoi, la Cour s'est engagée dans une démarche globale de définition de la latitude de liberté des collectivités locales, dans le respect de la libre concurrence. L'origine purement jurisprudentielle des limites de l'application des règles de concurrence a pu être critiquée, même de façon très nette<sup>5</sup>, car elle est source d'insécurité juridique : néanmoins, les États membres ont saisi de façon extrêmement large cette opportunité donnée par la Cour.

**L'application de la jurisprudence *Teckal* par les États membres.** Le cadre juridique des prestataires *in house* dans les différents États membres est assez varié, mais il est marqué par une assez grande liberté laissée aux collectivités locales. L'« idéal type » de cette liberté est constitué par les *Stadtwerke* allemandes, qui ont revêtu plusieurs formes juridiques dans leur évolution historique et se caractérisent aujourd'hui par leur rôle prépondérant dans la gestion des services publics locaux. Dans un premier groupe de pays, comprenant par exemple l'Irlande, les Pays-Bas, la Pologne, la Suède, il n'y a pas de règles particulières régissant la création des entreprises publiques locales : dans ces pays, il est directement fait application de la jurisprudence de la Cour de justice et le contrôle de la conformité des procédures pour la gestion des services publics se fonde sur un examen des relations entre les collectivités publiques et les organismes (prétendus) *in house*. D'autres États ont montré la volonté de restreindre la possibilité pour les collectivités locales de recourir à des sociétés à capital entièrement public : en Italie, une loi du 6 août 2008 (l. n° 133/2008) a posé le principe de la gestion des services publics locaux par un opérateur privé ou par une entité mixte, dont le partenaire doit être sélectionné à travers un appel d'offre, en cantonnant la constitution de sociétés entièrement publiques à des caractéristiques économiques, sociales, environnementales et géomorphologiques qui ne permettent pas une mise en concurrence efficace. Néanmoins, ces dispositions ont rencontré une vive opposition et ont été abrogées par un référendum populaire des 12 et 13 juin derniers. Une troisième série de pays ont choisi de prévoir explicitement des règles pour la constitution d'entreprises publiques locales, en laissant généralement libre les collectivités locales de choisir le pourcentage du capital qu'elles veulent détenir. La France s'est longtemps caractérisée par le plafonnement des capitaux publics dans les sociétés d'économie mixte locale (SEML) : la règle originaire, contenue dans les « décrets Poincaré »<sup>6</sup>, prévoyait une limite à 40%, qui a été haussée à 65% en 1955<sup>7</sup>. Actuellement, les SEML répondent à la règle posée par la loi du 7 juillet 1983<sup>8</sup>, telle que modifiée en 2002 pour hausser de 80% à 85% le pourcentage maximum des collectivités territoriales dans le capital des sociétés d'économie mixte locales. Néanmoins, la réception de la jurisprudence de la Cour de justice n'était pas complètement étrangère à l'ordre juridique

---

<sup>5</sup> cf. conclusions de l'avocat général Christine Stix-Hackl sous l'arrêt du 11 mai 2006, *Carbotermo*.

<sup>6</sup> Décret-loi du 5 nov. 1926 (JORF 7 nov. 1926, p. 11 894) et décret-loi du 28 déc. 1926 (JORF 31 déc. 1926, p. 13742).

<sup>7</sup> Décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique (JORF 21 mai 1955, p. 5078).

<sup>8</sup> Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales (JORF 8 juillet 1983, p. 2099).

français, dès lors qu'elle se manifestait dans des dispositions normatives et dans des décisions de jurisprudence. En effet, l'exclusion de l'obligation de mise en concurrence était déjà prévue notamment par l'article 3, 1° du code des marchés publics (CMP), qui reprend les conditions posées par la jurisprudence de la Cour de justice, à la seule exception de la qualification du contrôle comme comparable et non analogue. En outre, la jurisprudence administrative n'a pas hésité à insérer les critères de l'arrêt *Teckal* parmi les hypothèses qui peuvent justifier l'absence de mise en concurrence dans l'arrêt de Section du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*. Ensuite, il faut relever que dans l'arrêt du 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)*, le Conseil d'État a étudié les relations entre des établissements hospitaliers et un groupement d'intérêt public (GIP), créé pour satisfaire leurs besoins en termes de systèmes d'information de support aux activités et à la gestion hospitalière, selon la grille d'analyse de l'arrêt *Teckal* : une fois constaté que les deux conditions étaient remplies, le Conseil d'État a conclu que les règles de mise en concurrence n'avaient pas à s'appliquer, dès lors que le GIP ne pouvait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel. Le Conseil d'État a considéré, en outre, que le GIP peut ne pas être la seule forme possible de structure soustraite aux règles de passation des marchés publics.

Pour donner aux collectivités territoriales la possibilité de constituer des sociétés dont elles détiennent l'intégralité du capital, le législateur n'a pas poursuivi la voie du dé plafonnement, comme il avait été envisagé lors des débats sur la loi relative aux concessions d'aménagement<sup>9</sup>. Selon le Doyen Bernard, telle démarche n'aurait pas empêché l'application des critères *in house*, dès lors que le juge aurait pu porter une appréciation différenciée selon l'ampleur de la part de capital détenue par les personnes publiques. En tout cas, le pas d'un statut législatif explicite et autonome a été franchi de façon expérimentale et dans le domaine restreint de l'aménagement par la loi n° 2006-672 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, qui a inséré un nouvel article L. 327-1 dans le code de l'urbanisme, dans le but de permettre la création de sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)<sup>10</sup> ; la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010<sup>11</sup> s'insère dans cette évolution et elle a pour objet l'élargissement de la possibilité de créer des sociétés à capital entièrement public pour toute activité dont une collectivité territoriale a la charge : les sociétés publiques locales (SPL), selon le but affiché par la loi, devraient faire profiter les collectivités territoriales de l'exception *in house*, ainsi que d'organiser les services publics locaux dans un cadre de plus grande souplesse<sup>12</sup>. Néanmoins, nonobstant la présence d'une réglementation spécifique à cette nouvelle catégorie de sociétés, la jurisprudence *Teckal* et ses développements ne jouent pas automatiquement, parce qu'il faut toujours vérifier que l'objectif de l'absence d'atteinte à la concurrence ait été respecté.

Pour vérifier la réalité des vœux de l'unanimité des parlementaires qui ont voté cette loi et en ont partagé l'esprit, il faudra attendre le démarrage des activités des premières SPL : cela ne devrait pas tarder, dès lors qu'en janvier 2011 la Fédération des entreprises publiques locales avait déjà compté 125 projets en tel sens,

---

<sup>9</sup> Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement (JORF 21 juillet 2005, p. 11 833).

<sup>10</sup> La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 (JORF 21 avril 2005, p. 6969) avait déjà permis la création de sociétés entièrement publiques dans le domaine aéroportuaire.

<sup>11</sup> Loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (JORF 29 mai 2010, p. 9697).

<sup>12</sup> Rapport n° 430 fait au nom de la Commissions des lois du Sénat par M. Jacques Mezard, 20 mai 2009.

dont dix-huit, à l'heure actuelle, ont déjà débouché sur la création de la société. En tout cas, il est possible d'affirmer que ce nouvel instrument est destiné à avoir incidence sur l'intervention économique des collectivités territoriales (I) et sur la mutualisation des services publics locaux (II).

## I. Les interventions économiques des collectivités territoriales

Le Conseil d'État a progressivement construit une jurisprudence relative aux interventions économiques des personnes publiques, notamment au niveau local, à partir de ses arrêts classiques *Casanova* du 29 mars 1901 (Rec. p. 333) et *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* du 30 mai 1930 (Rec. p. 583). Les décisions successives, qui ne peuvent pas être reprises dans le détail, font application du critère de la carence d'initiative privée<sup>13</sup> et de la présence d'un intérêt public local<sup>14</sup>. L'une des dernières étapes de cette évolution est la décision du 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, dans laquelle le Conseil d'État a appliqué la jurisprudence de l'arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Dans l'arrêt du 3 mars 2010, le Conseil d'État a fait une application positive des critères qu'il avait posés quatre ans auparavant à un service départemental de téléassistance aux personnes âgées et handicapées. Après avoir vérifié l'existence d'un service public local, il a considéré qu'il était possible pour le département de créer ce service en présence d'un intérêt public local. Dans l'état actuel de la jurisprudence, donc, le Conseil d'État fait une distinction entre les activités qui répondent à la réalisation des missions de service public dont les personnes publiques sont investies et les interventions de ces dernières sur le marché, qui doivent être réalisées dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence ; en revanche, mis à part le respect des règles de compétence, l'intérêt public local ne dépend pas exclusivement de la carence d'initiative privée. Pour appliquer ces principes à l'espèce, le Conseil d'État a en outre analysé les modalités d'organisation du service et, tout en excluant la carence d'initiative privée, a conclu pour la légalité de la décision du département. Cette espèce s'inscrit dans le cadre d'une délégation de service public (DSP) à une personne privée, mais ce qui intéresse principalement le juge est la possibilité pour la personne publique de créer un tel service. La même démarche a été suivie pour les interventions des SEM. Initialement, le Conseil d'État exigeait la constatation d'une « absence ou défaillance de l'initiative privée » pour admettre l'intervention d'une SEML, comme il avait fait dans l'arrêt du 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et autres* à propos du domaine de la construction des routes et chantiers, d'autant plus qu'en espèce l'activité de la société s'adressait à « toute clientèle publique ou privée » et, par conséquent, elle était susceptible de limiter gravement la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'État a fixé sa position actuelle dans un arrêt du 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, qui marque le dépassement du critère précédemment retenu. En effet, il a affirmé que la carence ou l'insuffisance de

---

<sup>13</sup> Entre autres, CE, Sect., 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, Rec. p. 363 ; CE, Sect., 17 avril 1964, *Commune de Merville-Franceville*, Rec. p. 231 ; CE., 20 nov. 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. p. 562 et *AJDA*, 1964, p. 686, chron. M. Puybasset et J.-P. Puissochet.

<sup>14</sup> CE, Sect., 23 déc. 1970, *Préfet du Val d'Oise et Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Montmagny*, Lebon p. 788 ; *RDP* 1971, p. 248, concl. J. Kahn ; *AJDA*, 1971, p. 153, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes.

l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées « ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une société d'économie mixte ». Le Conseil d'État retient donc une approche globale de l'appréciation de l'intervention des SEML et, par conséquent, des collectivités actionnaires, en analysant au même temps la présence d'un intérêt général, qui est susceptible de justifier la création d'une société d'économie mixte aux termes de l'article L. 1521-1 CGCT, et d'un intérêt public, qui est nécessaire pour justifier l'intervention des personnes publiques dans le champ économique.

Il est donc possible que, dans l'avenir, cette jurisprudence soit appliquée aux services confiés à des SPL : leur champ d'intervention peut être extrêmement vaste, parce que le nouvel article L. 1531-1 CGCT dispose qu'elles sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement ou de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. En particulier, les SPL sont destinées à reprendre les activités d'aménagement qui avaient été confiées à des SPLA. Les opérations d'aménagement font l'objet de dispositions spécifiques dans les règles relatives aux SEML, qui sont applicables aux SPL. Dans les développements qui suivent il sera fait état des règles générales relatives à la gestion des activités d'intérêt général à travers ce nouveau type de société, sans préciser à chaque fois l'éventuel régime spécifique des opérations d'aménagement, sauf si des éléments de ce régime contribuent à éclairer les règles de fonctionnement des sociétés publiques locales.

En outre, comme le relève le Doyen Sébastien Bernard<sup>15</sup>, une SPL peut rentrer dans la catégorie des entreprises publiques, dès lors qu'elle remplit les trois critères habituels : il s'agit d'une personne morale, qui exerce une activité économique et dont l'intégralité du capital est publique<sup>16</sup>. L'ampleur de ses tâches dépend donc de la délibération à travers laquelle la collectivité territoriale procède à la création de la SPL. La seule limite à l'intervention des SPL pour éviter une atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie vient de l'interprétation de la notion d'intérêt général, mais son formulation récente de la part du juge administratif peut conduire à craindre le « risque de voir se restreindre un pan entier du secteur concurrentiel au bénéfice des collectivités locales »<sup>17</sup>.

La volonté de créer un outil pour se soustraire aux obligations de publicité et mise en concurrence a été principalement dictée par l'insatisfaction du régime des sociétés d'économie mixte. Déjà dans sa décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, le Conseil constitutionnel avait jugé que les SEM ne pouvaient pas échapper aux mécanismes de la loi dite Sapin<sup>18</sup>, qui était soumise à son contrôle. Le Conseil d'État a ainsi jugé dans son arrêt du 30 décembre 2002, *Département des Côtes-d'Armor* qu'un contrat relatif à des prestations de services fournies par la SEML à une collectivité territoriale actionnaire est un marché public soumis au code.

---

<sup>15</sup> BERNARD (S.), « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDP*, 2011, n° 3, p. 587-603; dans cet article, l'auteur renvoie à DELVOLVÉ (P.), *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 639 et s.

<sup>16</sup> Le Conseil d'État a admis la qualification d'entreprise publique même dans le cas de capital public majoritaire (CE, 22 déc. 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, n°s 34252 et 34798, Rec. p. 436 ; CE, avis, 17 sept. 1996, n° 362610, « Entreprises du secteur public »).

<sup>17</sup> LOMBART (P.), « Faut-il avoir peur des sociétés publiques locales ? », *RJEP*, 2010, n. 679, p. 1-2.

<sup>18</sup> Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (JORF 30 janvier 1993, p. 1588).

Les juges financiers se sont placés sur le même plan, en rappelant que la mise en concurrence est obligatoire, en raison de la présence de capitaux privés au sein de la SEM<sup>19</sup>. Cela a trouvé un pendant dans la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne l'applicabilité des critères *in house*, qui a été exclue pour les sociétés mixtes dans l'arrêt *Stadt Halle*, dans lequel les juges ont considéré que la participation, « fût-elle minoritaire », d'un actionnaire privé au capital d'une société auquel participe également un pouvoir adjudicateur ne permet pas la réalisation du contrôle analogue exigé par la jurisprudence *Teckal*. En droit interne français, cette préoccupation était déjà apparue lors des débats relatifs à la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales<sup>20</sup>. Comme il est relevé dans le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale<sup>21</sup>, l'encadrement de la participation publique entre 50 et 80% ne permettait ni une véritable collaboration entre les personnes publiques et privées dans le cadre d'une entité mixte, ni une utilisation complètement libre des SEM par les collectivités qui n'en détenaient que la majorité du capital. En particulier, il avait été critiqué le fait que les participations privées n'étaient souvent que symboliques (*sleeping partners*) : en effet, avec une participation si réduite, les actionnaires privés, souvent constitués par la Caisse des dépôts et consignations, n'avaient pas la possibilité de s'investir dans les choix de la société. Cette situation a permis au Professeur Philippe Cossalter de parler d'« économie mixte de complaisance 'à la française' »<sup>22</sup>, qui n'existerait pas dans d'autres pays européens. À l'occasion des débats sur la loi de 2002, il avait proposé de laisser aux personnes publiques une large marge de manœuvre, en leur donnant la possibilité de posséder une portion variable du capital des SEM, allant de 34%, avec une minorité de blocage, à 100%, mais cette option n'a pas été retenue.

Au delà des préoccupations d'ordre économique et du respect des règles de passation des contrats publics, les interventions des collectivités locales ont toujours composé avec le cadre institutionnel de la répartition des compétences et de l'intercommunalité.

## II. L'évolution de la coopération intercommunale

Convient-il de considérer, comme le fait l'avocat général Verica Trstenjak dans ses conclusions sous l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 octobre 2008, que « la coopération intercommunale sans participation du capital privé est, du fait de ses effets de synergie, un moyen, souvent utilisé dans de nombreux États membres, d'accomplir de manière efficace et bon marché des missions de service public »? La France compte 36 791 communes, si on inclut dans le calcul les 36 568 communes de la Métropole, les 112 des DOM et les 111 des collectivités d'Outre-mer et de Nouvelle-Calédonie<sup>23</sup>. Face à cette conformation administrative, la législation leur a permis de s'associer au sein d'un syndicat de communes (art. L. 5212-1 à 34 CGCT) : aux syndicats

---

<sup>19</sup> CRC Midi-Pyrénées, 9 juillet 2004, *Société du métro de l'agglomération toulousaine*; CRC, Languedoc-Roussillon, 17 octobre 2010, *Région de Languedoc-Roussillon*; CRC Rhône-Alpes, 25 janvier 2007, *SEM Maurienne Expansion*.

<sup>20</sup> JORF 3 janvier 2002, p. 121.

<sup>21</sup> Rapport n° 3137 fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale par M. Jacky Darne, 13 juin 2001.

<sup>22</sup> COSSALTER (Ph.), « La société publique locale: un outil répandu en Europe », in Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *RDP*, 2011, n° 3, p. 731.

<sup>23</sup> Les données statistiques ont été reprises du rapport « Les collectivités locales en chiffres 2011 » du Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, Direction générale des collectivités locales.

intercommunaux à vocation unique (SIVU), prévus dès une loi du 22 mars 1890, l'ordonnance du 5 janvier 1959 a ajouté les syndicats intercommunaux à vocation multiple (SIVOM), qui peuvent exercer plusieurs activités et sont gouvernés par un comité ; ce dernier, selon le principe majoritaire, « exerce à l'égard de ces établissements les droits qui appartiennent aux conseils municipaux à l'égard des établissements communaux de même nature » (art. L. 5212-15 CGCT). La coopération sous forme de syndicat n'est pas limitée aux communes, parce que les articles R. 5711-1 à R. 5723-1 prévoient la possibilité de constituer des syndicats mixtes, dans lesquels les communes sont associées à des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) ou à d'autres personnes morales de droit public. Les dimensions de ce phénomène ne sont pas négligeables, dès lors qu'en février 2011 il existait 15 099 syndicats intercommunaux, dont 10 473 SIVU, 1 358 SIVOM et 3 268 syndicats mixtes.

D'autres formes de coopération sont possibles et ont comme caractéristique particulière la prévision d'une fiscalité propre : leur liste a été complétée par la récente réforme des collectivités territoriales, intervenue par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010<sup>24</sup>. L'article L. 5210-1-1 A CGCT prévoit désormais, à côté des syndicats de communes, les communautés de communes, les communautés d'agglomération, les communautés urbaines, les syndicats d'agglomération nouvelle et les métropoles. Au-delà des nouveautés introduites au niveau de chaque structure, la réforme des collectivités territoriales se pose comme objectif la couverture totale du territoire français par des structures intercommunales à fiscalité propre : si à l'heure actuelle les structures de ce type intéressent 95,5% des communes, soit 89,9% de la population, le législateur a fixé la date limite de juin 2013 pour achever le processus. Cette démarche peut avoir une incidence significative sur une SPL, qui peut avoir comme actionnaires les groupements de collectivités tels qu'énumérés au deuxième alinéa de l'article L. 5111-1 CGCT : outre aux EPCI et aux syndicats mixtes, il s'agit des pôles métropolitains, des agences départementales, des institutions ou organismes interdépartementaux et des ententes interrégionales<sup>25</sup>. En effet, dans le moment où une compétence est déléguée à un EPCI à fiscalité propre, ce dernier aura la possibilité de la gérer à travers une société. L'un des risques qui peuvent se présenter dans cette évolution concerne des sociétés créées par des syndicats, dès lors que le renforcement des EPCI à fiscalité propre devrait avoir pour conséquence leur rationalisation : les éventuels transferts vers ces établissements pourraient donc concerner également des compétences pour lesquelles les communes se seraient associées dans des syndicats et auraient créé une SPL. En particulier, le législateur de 2010 a introduit des règles particulières en ce qui concerne les transferts obligatoires aux EPCI à fiscalité propre. L'article L. 5211-9-2 CGCT dispose en effet que le transfert est automatique dans les domaines de l'assainissement, de l'élimination des déchets ménagers et de la réalisation d'aires d'accueil ou de terrains de passage de gents du voyage. L'assainissement et l'élimination des déchets ménagers constituent deux domaines « sensibles » pour les SPL, dès lors qu'ils sont qualifiés de services de nature économique par

---

<sup>24</sup> JORF 17 décembre 2010, p. 22146.

<sup>25</sup> Dans les développements qui suivent, les références aux collectivités territoriales doivent en principe être considérées comme valables également pour leurs groupements.

le droit de l'Union européenne : pour cette raison, après le transfert, les établissements de coopération pourraient se servir de cet instrument pour gérer ce type de services.

En outre, les SPL devront trouver leur place à l'intérieur de la nouvelle répartition de compétences envisagée par la récente réforme des collectivités territoriales. L'état du droit antérieur était caractérisé par la clause générale de compétence, qui permettait aux communes (art. L. 2121-29 CGCT), aux départements (art. L. 3211-1 CGCT) et aux régions (art. L. 4221-1 CGCT) d'intervenir dans tous les domaines dans lesquels un intérêt local relatif à son propre ressort était en jeu. Ce dispositif était considéré comme l'expression de la liberté d'administration des collectivités territoriales, posée depuis longtemps dans le droit positif français (art. 45 de la loi du 10 août 1871 : le conseil général délibère « généralement sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi » ; art. 61 de la loi du 5 avril 1884 : « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune », repris en 1982 pour les départements et les régions) et protégée successivement par l'article 72 de la Constitution. L'intérêt local est la condition nécessaire pour apprécier la légalité des interventions des communes, dès lors que les juges administratifs vérifient l'existence d'un rattachement de façon suffisamment directe, qui permet d'entreprendre toutes les initiatives, sans nécessité d'une autorisation législative expresse<sup>26</sup>. La conformité des activités de service public était soumise à trois conditions élaborées par le juge administratif<sup>27</sup> : le caractère public de l'intérêt local, l'exigence de répondre à un besoin de la population et la neutralité de l'action locale. La liberté de principe qui caractérisait le droit positif aurait donc pu se conjuguer avec la liberté d'utiliser une société, outre que les instruments normalement à disposition des collectivités locales. La formulation de l'article L. 1531-1 CGCT, qui permet aux SPL d'être chargées de « toutes autres activités d'intérêt général » pourrait être interprétée dans le même sens de favoriser la liberté des élus locaux de choisir l'objet et les modalités de leurs interventions. La réforme de 2010 est intervenue pour limiter les interventions des départements et des régions aux domaines de compétence que la loi leur attribue, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2015. Cette modification législative, qui a suivi des longs débats parlementaires d'une vivacité inattendue, a suscité de nombreuses perplexités dans les commentateurs, qui ont souligné d'un côté l'inopportunité d'une telle suppression, au nom de la défense de la libre administration des collectivités territoriales, de l'autre côté le caractère partiel de la suppression et la faible portée de telle solution<sup>28</sup>. En particulier, les départements et les régions pourront continuer à intervenir indépendamment d'une autorisation législative dans trois domaines : la culture, le tourisme et le sport. En outre, les conseils généraux et régionaux peuvent se saisir de tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'a donné de compétence à aucune autre personne publique : cette disposition a permis d'éviter la censure par le Conseil constitutionnel, qui dans sa décision n° 2010-681 DC du 9 décembre 2010 n'a pas considéré le dispositif comme contraire à l'article 72 de la Constitution. En critiquant au même temps la modification introduite par la loi et l'approche du Conseil, le Professeur Jean-Marie Pontier a observé que

---

<sup>26</sup> CE, 4 avril 2005, *Commune d'Argentan*, n° 264596, pour une subvention accordée aux unions locales des organisations syndicales (Rec. p. 137; *RFDA*, 2006, n°1, p. 51-57, note E. Cadeau).

<sup>27</sup> v. conclusions du commissaire de gouvernement Rémy Schwartz sur l'arrêt CE, Sect., 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq*, n° 129838; Rec. p. 324.

<sup>28</sup> PONTIER (J.-M.), « *Requiem pour une clause générale de compétence ?* », *JCP A*, 2011, n° 2, 2015, p. 47-55.

l'attribution de la compétence à une autre personne publique faisait obstacle à l'intervention du département ou de la région, même sous l'empire de l'ancienne clause de compétence générale. En ce qui concerne plus spécifiquement l'utilisation des SPL dans le cadre dressé par le législateur en 2010, il apparaît nécessaire d'abord que les collectivités territoriales, en créant une telle société, respectent les limites dorénavant posées par le législateur. En principe, aucune règle n'est prévue à l'article L. 1531-1, dès lors que les actionnaires peuvent indifféremment être des communes, des départements et des régions. En cas de collaboration entre collectivités territoriales d'échelons différents, il sera nécessaire éviter de confier à la SPL des tâches que la loi n'a pas attribué à la collectivité actionnaire. En outre, la prudence s'impose également pour le respect du calendrier fixé par loi : en effet, comme les limitations aux compétences des départements et des régions n'entrent en vigueur qu'à partir de 2015, il pourrait arriver que des sociétés soient créées d'ici là dans des domaines dans lesquels la loi viendrait successivement attribuer la compétence à une autre catégorie de collectivités territoriales. Le problème des situations acquises entre l'approbation de la réforme et son entrée en vigueur se pose pour toute activité entreprise par les régions et les départements dans cet intervalle, mais peut avoir des conséquences ultérieures en termes de gestion si des SPL sont créées.

Les problématiques posées par l'introduction des sociétés publiques locales parmi les modalités de gestion des services publics locaux sont nombreuses et concernent plusieurs domaines du droit public, dès lors qu'elles sont intéressées par des règles relatives au respect des libertés économiques, à la décentralisation, mais également au droit des contrats et de la fonction publique. Elles vont également au delà du droit public, compte tenu des dispositions qui leur sont applicables. La question centrale qu'il faut se poser en analysant la loi du 28 mai 2010 est pourquoi cette solution a été choisie et pour quelles raisons la mise en œuvre de ce nouvel instrument pour les collectivités territoriales pourrait ne pas coïncider avec les motifs qui ont conduit à leur donner une telle possibilité. Cette réponse réside également dans des considérations concrètes sur l'efficacité de la gestion des services publics locaux à travers de telles structures.

L'introduction des sociétés publiques locales s'insère dans un cadre de gestion des services publics locaux déjà très riche et complexe. En outre, les éléments principaux de leur fonctionnement peuvent être analysés à partir des grilles d'analyse traditionnelles du droit administratif. S'il est donc possible de s'intéresser à l'impact des sociétés publiques locales par rapport au passé et à la situation existante (Première partie), il faut au même temps examiner les conditions pour leur réussite dans l'avenir (Seconde partie), notamment pour vérifier à quelles conditions les critères de la jurisprudence *Teckal* sur les quasi-régies pourront être remplis.

**PREMIÈRE PARTIE**

**LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES**

**ET LE PAYSAGE CLASSIQUE**

**DU DROIT ADMINISTRATIF**

Les sociétés publiques locales sont caractérisées par l'utilisation d'un régime de droit privé : en effet, sauf les quelques dispositions de l'article L. 1531-1 CGCT, le régime qui leur est applicable est celui des sociétés anonymes des articles L. 225-1 à L. 225-270 du code de commerce, intégré par les règles spécifiques aux sociétés d'économie mixte locales des articles L. 1521-1 à 1525-3 CGCT. Néanmoins, il n'est pas possible de négliger les liens étroits qu'elles devraient garder avec les collectivités actionnaires. En particulier, les SPL vont s'ajouter aux nombreux instruments dont les collectivités territoriales disposent pour mener à bien leurs politiques (Chapitre 1) ; en outre, les règles de fonctionnement ordinaire propres aux sociétés anonymes de droit privé pourraient être influencées par leur proximité avec les collectivités et les groupements actionnaires (Chapitre 2).

# Chapitre 1

## L'impact des SPL sur les structures existantes

Les collectivités territoriales n'agissent pas toujours directement pour satisfaire les besoins de leurs populations. Pour certaines activités, elles s'associent avec d'autres collectivités, pour d'autres, elles utilisent des structures dédiées qui leur permettent une organisation adaptée. Les SPL s'ajoutent à ce paysage déjà diversifié : il faut donc s'interroger sur l'impact que leur utilisation pourrait avoir tant sur les structures de coopération (Section 1) que sur celles pour l'intervention des collectivités territoriales (Section 2).

### Section 1

#### Les structures de coopération entre collectivités locales

Il faut examiner comment les SPL pourront s'insérer dans le scénario existant de l'intercommunalité (§2), dès lors que les critères *in house* ont été appliqués à la coopération entre collectivités territoriales (§1).

#### §1 – L'intercommunalité saisie par l'application des critères *in house*

L'application des critères *Teckal* à la coopération intercommunale a caractérisé tant la démarche de la jurisprudence de la Cour de justice (A) que celle du droit interne (B).

##### A. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice

Les précisions les plus importantes qui ont contribué à dresser les contours de l'application de la jurisprudence *Teckal* sont venues des arrêts de la Cour de justice sur les structures intercommunales. En effet, la plupart des prestations pour lesquelles les collectivités territoriales ne procèdent pas à un appel d'offre sont constituées de services rendus par des structures en commun avec d'autres personnes publiques. La Cour de justice s'est intéressée surtout au critère du contrôle analogue, qui posait les problèmes les plus importants pour l'application de sa jurisprudence : l'évolution a consisté à écarter le critère du pourcentage de capital social, pour identifier des conditions propres au contrôle conjoint des collectivités en cause.

**La répartition du capital social.** La constatation d'un faible niveau de participation dans la structure de coopération intercommunale avait initialement conduit la Cour à écarter l'application de la jurisprudence *Teckal*. Dans l'affaire *CONAME*, une commune italienne avait attribué la gestion, la distribution et l'entretien des installations de distribution de gaz méthane à une société dont elle ne détenait que 0,97% : la CJCE, en rejoignant sur ce point la position du juge de renvoi, avait considéré que ce pourcentage ne permettait pas à la commune d'exercer le contrôle analogue nécessaire. Néanmoins, la Cour ne s'était pas fondée exclusivement sur cet aspect, dès lors qu'elle avait constaté que la société était ouverte à des investisseurs privés : par conséquent, en application de la jurisprudence *Stadt Halle*, elle ne pouvait pas bénéficier de l'exception *in house*.

La jurisprudence de la Cour a pu paraître particulièrement contradictoire sur ce point, dès lors que moins d'un an après, dans l'arrêt *Asemfo* du 19 avril 2009, la Cour a considéré que l'exception *in house* était applicable pour les relations entre les communautés régionales espagnoles et un service technique de l'État, même si les communautés ne détenaient que 0,25% du capital chacune, le 99% étant la propriété de l'État. En réalité, si on regarde le cadre normatif que la Cour avait à examiner en espèce, on constate que l'entité adjudicataire Tragsa était complètement assujettie à des dispositions législatives et réglementaires, qui la plaçaient dans une situation de totale dépendance par rapport à l'État et aux communautés régionales<sup>29</sup>. Il est néanmoins vrai que la Cour a fait preuve d'une particulière audace en affirmant que les communautés régionales exercent sur Tragsa un contrôle analogue, contrairement à ce que lui suggérait l'avocat général Geelhoed : en effet, les communautés n'avaient aucune marge de manœuvre par rapport aux règles de fonctionnement de Tragsa, qui étaient entièrement fixées par l'État. La Cour retient donc une approche globale du contrôle analogue et considère qu'il suffit que les règles régissant le fonctionnement de l'entité adjudicataire soient fixées par des dispositions de droit public, sans exiger la participation de toutes les personnes qui doivent exercer le contrôle analogue à leur édicition.

**Les caractéristiques propres au contrôle conjoint.** L'aboutissement de cette évolution est arrivé avec la jurisprudence successive sur le contrôle conjoint : dans les arrêts *Coditel Brabant* et *Sea srl*, la Cour revient explicitement sur la jurisprudence *CONAME*, en soulignant que, dans cette dernière espèce, elle avait écarté l'application de la jurisprudence *Teckal* parce qu'elle ne s'était pas planchée sur le contrôle conjoint, en se fondant exclusivement sur la part de capital détenue par la commune en cause. Si la faible participation au capital social avait pu, à elle seule, justifier la mise à l'écart de l'exception *in house*, dans ces arrêts la Cour effectue un contrôle plus approfondi, pour éviter de mettre en discussion toutes les structures de coopération, auxquelles les collectivités locales s'adressent sans mise en concurrence : comme la Cour même le souligne dans l'arrêt *Coditel*, exiger le contrôle déterminant sur les décisions importantes de la structure de coopération par une seule collectivité locale équivaldrait à contraindre à mettre en concurrence tous les services gérés en commun, dès lors que la nature même de l'intercommunalité consiste dans la prise de décisions en accord entre les collectivités participantes. La Cour avait été invitée par son avocat général Trstenjak à éviter une « privatisation forcée, au moyen du droit des marchés publics, de missions d'intérêt général ». Dans l'arrêt *Coditel*, la Cour a donc mis en avant l'exigence que le contrôle soit effectif, alors qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit individuel (point 46). D'un point de vue général, l'entité doit être sous le contrôle conjoint de plusieurs personnes qui appartiennent toutes au secteur public : par conséquent, bien qu'ayant des personnalités juridiques distinctes, elles poursuivent toutes un intérêt qui ne peut être qualifié de marchand, mais de général, au profit des communautés qu'elles administrent. Des exemples concrets, tirés de l'espèce soumise à la Cour, permettent d'éclairer en partie les conditions du contrôle conjoint : d'abord, la Cour a apprécié positivement les critères de nomination des organes dirigeants de Brutélé, l'entité en

---

<sup>29</sup> L'avocat général Trstenjak a souligné dans ses conclusions sous l'arrêt *Coditel Brabant* que, pour la solution de l'arrêt *Asemfo*, les circonstances particulières de l'espèce ont été déterminantes, plutôt que la volonté d'un nouvel ajustement de la jurisprudence.

question, dès lors que le conseil d'administration était composé de représentants des communes, choisis parmi les administrateurs de ces dernières. La Cour a également précisé que les procédures utilisées pour la prise de décision à l'intérieur de Brutélé étaient sans influence sur l'existence du contrôle analogue : comme il n'est pas nécessaire, ni possible, que chaque commune exerce une influence déterminante sur les choix de la société, le contrôle subsiste même si une commune se voit imposer des décisions prises à la majorité par les organes sociaux. L'absence de vocation marchande l'emporte sur l'appréciation des relations entre les communes et l'entité adjudicatrice, comme c'était déjà le cas dans l'affaire *Asemfo*. En outre, le fait que Brutélé soit constituée selon la forme de société coopérative intercommunale, et non pas de société par actions ou à responsabilité limitée, représente une indice du contrôle analogue : en effet, selon la loi belge, les intercommunales sont dépourvues de caractère commercial. Les particularités dans l'organisation de l'intercommunale, notamment l'existence de secteurs et sous-secteurs dans l'exercice de son activité, qui permettent un contrôle encore plus étroit par les représentants des communes, ont conduit la Cour à affirmer l'existence du contrôle analogue conjoint. L'analyse des organes sociaux est déterminante dans l'analyse de la Cour, comme elle l'a confirmé dans l'arrêt *Sea srl* (v. *infra*, p. 51).

## **B. La démarche comparable du droit interne**

Le juge administratif français a commencé à se livrer au même type d'analyse en ce qui concerne les relations entre des collectivités locales et un syndicat dont elles font partie. Dans deux espèces soumis au Tribunal administratif de Pau<sup>30</sup>, le juge a qualifié les relations entre communes et syndicat mixte de marché public de services, en regardant le syndicat mixte comme un opérateur économique intervenant sur un marché concurrentiel. L'application des règles du code a néanmoins été écartée, parce que le juge a considéré que les deux critères *Teckal* étaient remplis. Par conséquent, il faut préciser que la qualité d'opérateur économique intervenant sur un marché concurrentiel, admise par le tribunal administratif, est exclusivement potentielle, parce que, dès lors que l'exception *Teckal* joue, il ne peut pas y avoir de marché à proprement parler : dans un tel cas, le marché serait faussé par l'attribution directe du contrat au syndicat mixte. Ce glissement terminologique permet de mettre en évidence l'ambiguïté des fondements de l'exception *Teckal*, selon lesquels le marché est rendu inexistant du fait que la collectivité territoriale décide de gérer en quasi-régie le service qu'elle aurait pu confier à un tiers.

L'intervention du juge administratif est nécessaire en raison du fait que le CGCT organise différentes formes de conventions qui peuvent être conclues entre les collectivités territoriales et leurs structures de coopération. Le Conseil d'État s'est prononcé dans le cas d'une convention entre une communauté de communes et un syndicat mixte, qui prévoyait l'exploitation du réseau d'assainissement par ce dernier contre rémunération, dans l'arrêt de Section du 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr* : le Conseil d'État a donc jugé que, même si la convention conclue n'était pas soumise au code des marchés publics, elle devait néanmoins être regardée comme un marché public au sens des directives et faire l'objet d'une procédure de

---

<sup>30</sup> TA Pau, 14 octobre 2008, n° 0800537, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune d'Ilharre*; TA Pau, 6 janvier 2009, n° 081005, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune de Lahontan*.

publicité et mise en concurrence. Cette solution a permis de retenir une notion large de marché public, construite sur le fondement des principes des directives et non pas sur l'application directe du code. Les relations entre structures de coopération intercommunale n'ont pas reçu, dès 1998, une appréciation spécifique par rapport aux relations entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire.

Lorsque cela est possible, il peut donc être intéressant pour les collectivités territoriales de faire jouer l'exception *Teckal*, pour soustraire aux règles de publicité et mise en concurrence les conventions prévues par des nombreuses dispositions du CGCT. L'article L. 5211-4-1, III, modifié par la loi du 16 décembre 2010, contient le principe de la coopération dite descendante et autorise les EPCI à mettre à disposition d'une commune, dans le cadre d'une convention, leurs services pour l'exercice des compétences de cette dernière, lorsque cette mise à disposition présente un intérêt dans le cadre d'un bon fonctionnement du service. A partir de 2004<sup>31</sup>, le même type de convention peut être conclu pour la coopération ascendante, c'est-à-dire la mise à disposition des services d'une commune en faveur d'un EPCI dont elle est membre (art. L. 5211-4-1, II CGCT) : en particulier, comme le transfert de compétences d'une commune à un EPCI entraîne le transfert du service ou de la partie du service chargé de sa mise en œuvre, la mise à disposition de services de la commune a été permise notamment dans l'hypothèse où la commune aurait conservé tout ou partie des services nécessaires à la mise en œuvre de la compétence transférée. Le même mécanisme est prévu par l'article L. 5721-9 CGCT relativement aux syndicats mixtes associant exclusivement des collectivités territoriales ou des collectivités territoriales et des EPCI (syndicats mixtes « fermés ») et précise que la convention relative à la mise à disposition de services du syndicat prévoit « notamment les conditions de remboursement des frais de fonctionnement du service ». Il serait possible de considérer qu'il s'agit exclusivement de mesures organisationnelles internes à l'administration<sup>32</sup>, compte tenu notamment du fait que le maire ou le président de l'EPCI ont le pouvoir hiérarchique sur les services mis à disposition, auxquels ils peuvent adresser directement toute instruction nécessaires à l'exécution des tâches confiées au service (art. L. 5211-4-1, IV, al. 2 et L. 5721-9, al. 3). Néanmoins, les engagements contenus dans les conventions sont désormais considérés comme constituant respectivement une prestation de services et sa contrepartie, caractéristiques d'un marché régi par le code : la volonté d'éviter le contournement des règles de passation des marchés concerne donc l'ensemble de la mutualisation de services, même si parfois ses caractéristiques ne semblent pas adéquates à ce schéma. La jurisprudence sur les prestations intégrées intervient utilement dans ce cadre, dès lors que la Commission européenne a émis un avis motivé les 27 juin 2007 (IP/07/922), dans lequel elle a considéré que les conventions relatives à la coopération ascendante constituent l'attribution d'un marché public, en méconnaissance des règles imposées par les directives de 2004<sup>33</sup>. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice s'est généralement intéressée aux prestations fournies

---

<sup>31</sup> Art. 166 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (JORF 17 août 2004, p. 14545).

<sup>32</sup> Dans tel sens, réponse du ministre de l'intérieur (JO AN 4 déc. 2007, p. 7700) à la question écrite de M. Maurice Leroy (JO AN Q 4 sept. 2007, p. 5419, n° 3682).

<sup>33</sup> Voir également la réponse donné par M. McCreevy au nom de la Commission le 15 octobre 2007 (JO C 191 du 29 juillet 2008) à l'interrogation écrite de M. Bernard Poignant à la Commission P-4457/07.

par les structures de coopération aux collectivités territoriales, qui s'inscrivent dans une logique de mutualisation, alors que les prestations fournies par une collectivité à la structure de coopération s'apparentent plus à celles fournies par n'importe quel opérateur. Les mêmes critiques ont été adressées par le juge financier, qui a une appréciation plus favorable pour la coopération ascendante<sup>34</sup>. D'autres conventions prévues par le CGCT peuvent encore plus aisément qualifiées comme des véritables contrats de prestation de services, pour lesquels l'application du code des marchés publics ne peut être écartée : par exemple, le code a intégré la possibilité de conclure des conventions entre les communautés de communes (art. L. 5214-16-1) ou les communautés urbaines (L. 5215-27) et les collectivités concernées pour la gestion de certains équipements ou services relevant de leurs attributions. Au-delà de ces hypothèses dont la qualification semble plus nette, le problème de l'applicabilité des règles de passation des marchés se pose pour une large partie des instruments de la coopération intercommunale : nonobstant les développements de la jurisprudence européenne, cette question ne peut que se poser à nouveau dans le cas d'une SPL.

## **§2 - Les sociétés publiques locales, instrument de la coopération intercommunale?**

La création d'une SPL pourrait être une solution recherchée par les collectivités territoriales pour exercer en commun une partie de leurs compétences (A) ; néanmoins, la jurisprudence de la Cour de justice a identifié d'autres formes de mutualisation qui pourraient rendre la création d'un organisme dédié non nécessaire (B).

### **A. La SPL comme instrument de coopération institutionnalisée**

Toutes les questions qui devront être résolues dans l'analyse des sociétés publiques locales seront placées dans la dimension de la coopération intercommunale : en effet, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 1531-1 CGCT prévoit que ces sociétés sont composées d'au moins deux actionnaires, par dérogation à l'article L. 225-1 du code de commerce, qui en impose sept au minimum. Dans la proposition de loi déposée initialement au Sénat, il avait été envisagé de permettre à une seule collectivité territoriale de créer une SPL, dont elle aurait détenu la totalité du capital. Cette possibilité a été supprimée lors du premier examen au Sénat, selon une indication de la Commission des lois, parce que la présence de deux actionnaires constitue un « filtre supplémentaire pour assurer le respect de l'objectif assigné par le législateur à ces sociétés pour servir l'intérêt général »<sup>35</sup> : la représentation des intérêts d'au moins deux collectivités devrait donc permettre d'éviter les dérives d'un actionnaire unique, qui ne doit rendre des comptes à personne. En revanche, la volonté de prévoir une dérogation par rapport aux règles du code de commerce est en partie dictée par l'expérience des SPLA, pour lesquelles aucune dérogation n'avait été prévue au départ. Cela a été considéré comme l'un des facteurs de leur succès mitigé, dès lors que, à l'heure de la discussion parlementaire de la loi sur les SPL, les SPLA créées n'étaient que vingt-deux. Elles n'étaient que sept au 31 mars 2009, ce qui avait fait craindre d'un échec du dispositif mis en place en 2006 : le législateur était donc intervenu, en baissant le

---

<sup>34</sup> CRC Ile-de-France, 17 septembre 2010, *Département de la Seine-Saint-Denis*.

<sup>35</sup> Rapport n° 430 fait au nom de la Commissions des lois du Sénat par M. Jacques Mezard, 20 mai 2009.

nombre minimum d'actionnaire de ces sociétés de sept à deux par l'article 33 de la loi du 25 mars 2009<sup>36</sup>. Le régime des SPL s'aligne donc sur cette dernière. Il est possible de porter une appréciation nuancée de cette démarche du législateur. D'abord, il n'est pas certain que le bilan des SPLA dépende du nombre d'actionnaires requis. Elles sont appelées à intervenir dans un domaine plus limité, dans lequel les SEML sont historiquement implantées. Il n'est pas certain que toutes les collectivités avaient intérêt à transformer leur sociétés d'économie mixte en SPLA, notamment dans le cas où elles n'avaient pas prévu de s'engager dans des grandes opérations d'aménagement et, donc, elles n'avaient pas à passer des nouvelles procédures d'appel d'offre auxquelles le statut de SPLA aurait probablement permis d'échapper. En outre, le nombre d'actionnaire limité à deux peut ne pas permettre d'atteindre l'objectif envisagé par le législateur : il n'est pas certain, en effet, qu'un actionnaire exerce sur l'autre un contrôle suffisant à éviter des dysfonctionnements. Enfin, cette règle, qui différencie les SPL des SEML, mais surtout des sociétés publiques nationales, a été critiquée d'un point de vue systématique : selon le Doyen Bernard, cette contrainte accroît l'hétérogénéité de la catégorie des sociétés intégralement publiques, dès lors que rien n'empêche aux sociétés publiques nationales de n'avoir qu'un actionnaire, comme il a été le cas pour les entreprises nationalisées après 1982<sup>37</sup>.

En tout cas, le point le plus important à relever est que le nombre d'actionnaire limité à deux ne permet pas d'exercer une transformation vertueuse du point de vue de la coopération intercommunale, nonobstant, dans une période de restrictions budgétaires, l'État semble attendre de la mutualisation une réduction des dépenses nécessaires pour faire face à la demande de services<sup>38</sup>. L'article L. 1531-1 CGCT n'impose aucune limite quant au type de collectivités qui peuvent s'associer au sein d'une SPL. Même s'il est vrai que rien n'empêche à plus de deux collectivités territoriales de créer une SPL, les premières expériences concrètes montrent qu'une SPL peut être créée par une commune et un groupement auquel cette commune appartient. Le champ d'intervention d'une société pourrait être sensiblement plus large avec un nombre d'actionnaire plus grand, ce qui garantirait une meilleure viabilité de la société et limiterait la prolifération de sociétés de petites dimensions et avec une faible activité, dont les coûts de gestion pourraient dépasser les marges bénéficiaires. Un obstacle ultérieur à la mutualisation des services publics locaux peut se présenter en cas de transfert des compétences à un établissement de coopération intercommunal, si la collectivité territoriale avait choisi de gérer l'activité à travers une société : pour les SEML, le deuxième alinéa de l'article L. 1521-2 CGCT impose dans cette hypothèse la cession d'au moins deux tiers des actions au EPCI. En revanche, la collectivité d'origine, peut garder jusqu'à un tiers du capital nonobstant le transfert de compétences. La transposition de cette règle, qui ne permet pas une complète rationalisation de la répartition des compétences, rencontre une difficulté ultérieure pour les SPL, dès lors qu'elle est susceptible d'affaiblir le contrôle sur la structure : à côté

---

<sup>36</sup> Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion (JORF 27 mars 2009, p. 5408).

<sup>37</sup> BERNARD (S.), « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDJ*, 2011, n° 3, p. 587-603.

<sup>38</sup> v. circulaire du 7 juillet 2008 relative à l'organisation de l'administration départementale de l'État ; rapport de la mission d'évaluation et de contrôle de juin 2008 sur les suites données aux préconisations de la mission d'évaluation et contrôle sur l'immobilier de l'État ; rapport conjoint de l'Inspection générale des finances et du Conseil général des ponts et chaussées, oct. 2006 (cités par DREYFUS (J.-D.), *AJDA*, 2009, p. 892, note sous l'arrêt *SNIS*).

d'un contrôle analogue, il faudrait imaginer la possibilité d'exercer un contrôle indirect pour admettre l'application des critères *in house*.

## **B. La mutualisation comme alternative à la coopération institutionnalisée**

La SPL pourrait être un fort vecteur de l'intercommunalité, de son développement et de sa rationalisation, parce que dans les autres pays européens les sociétés locales se caractérisent surtout pour leur dimension coopérative. Il n'est pas certain que, dans les conditions prévues par la loi, elles arrivent à l'être, d'autant plus que la solution liée à la création d'un organe dédié n'est pas la seule sur laquelle la Cour de justice a eu à se prononcer. De ce point de vue, l'arrêt du 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne* offre des perspectives intéressantes, dès lors qu'il pose le principe selon lequel un contrat de prestation de services peut être soustrait aux directives, même en absence de création d'une structure juridique dédiée, s'il est conclu dans le cadre d'une relation entre autorités publiques. En espèce, la Cour a examiné une convention entre les services de voirie de la ville d'Hambourg et quatre circonscriptions administratives (*Landkreise*) voisines, dont l'objet était de mettre à la disposition des ces dernières une partie de la capacité de l'installation de traitement de déchets implantée sur le territoire de la commune. En introduisant le recours en manquement, la Commission avait considéré que les règles de la directive n° 92/50/CEE avaient été méconnues, dès lors que la relation entre la ville d'Hambourg et les *Landkreise* pouvait être analysée comme un marché public de services : la prestation consistait dans le traitement des déchets, alors que la contrepartie était représentée par la rémunération annuelle que les *Landkreise* versaient à la ville selon les modalités et le mode de calcul déterminés dans la convention. En règle générale, les contrats entre personnes publiques sont soumis aux directives, et la démarche de la Commission ne surprend pas en soi<sup>39</sup>, même si elle a pu être critiquée, par exemple, par le Professeur Florian Linditch dans sa note sous cet arrêt<sup>40</sup>. En outre, il était possible de considérer que l'exploitant de l'installation reçût un bénéfice indirect de cette convention, dès lors qu'il était le destinataire en dernier ressort du paiement du prix, selon la charge supportée par chaque collectivité<sup>41</sup>, et que la ville d'Hambourg s'engageait à défendre les intérêts des *Landkreise* vis-à-vis de ce dernier : cela aurait pu signifier que, en dernière instance, le contrat était en réalité conclu entre l'exploitant et les *Landkreise*. La Cour de justice n'a pas raisonné de la sorte et n'a pas donné de suite aux griefs soulevés par la Commission. Elle a considéré que cette convention était conclue dans une démarche de coopération intercommunale, pour permettre aux collectivités en cause de réaliser l'installation et de mener à bien les missions du service public de traitement de déchets qui leur étaient confiées. En effet, la Cour a souligné que cette convention permettait d'atteindre une capacité telle que l'installation pouvait être exploitée dans des conditions de viabilité économique, ce qui aurait été plus difficile en absence des apports des *Landkreise*. Dans ses conclusions, l'avocat général Ján Mazák avait considéré que la référence aux objectifs communs poursuivis par le contrat n'était pas suffisante, le contrôle des *Landkreise* sur la structure commune devant avoir « un

---

<sup>39</sup> Dans l'arrêt du 13 janvier 2005, *Commission c/ Espagne* (aff. C-84/03), la Cour de justice a constaté un manquement de l'État membre dû à l'exclusion des relations entre personnes publiques dans la transposition des directives.

<sup>40</sup> *JCP A*, 2009, n° 44, 2248, p. 27-31

<sup>41</sup> La Cour se fonde sur le fait que le prix versé par les *Landkreise* à la ville n'est que le remboursement des frais versés à l'exploitant pour exclure le caractère onéreux du contrat (cf. CJCE, 29 nov. 2007, *Comm. c/ Italie*, aff. C-119/06).

fond plus sensible ». En outre, il avait rejeté la conclusion selon laquelle la coopération aurait été rendue impossible par l'application des règles de passation des marchés de services, dès lors que la ville aurait pu offrir ses prestations à d'autres pouvoirs adjudicateurs et que les *Landkreise* auraient pu attribuer le marché à la ville d'Hambourg même dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre, ouverte ou restreinte.

Finalement, la Cour a rejeté de manière explicite l'argument de la Commission, conforté par les conclusions de l'avocat général, tendant à admettre la possibilité d'écarter les règles de mise en concurrence exclusivement à travers la création d'un organisme dédié sur le modèle de la quasi-régie : en réalité, comme le souligne le Professeur François Lichère<sup>42</sup>, l'exclusion de l'application de l'exception *Teckal* en espèce est d'autant plus explicite que la Cour veut poser les bases d'une nouvelle possibilité pour les personnes publiques d'opérer en dehors des règles de passation des marchés. Après avoir rappelé que les personnes publiques ne sont pas obligées à recourir à une forme juridique particulière pour accomplir leurs tâches, la Cour a considéré qu'un tel montage est possible à condition que le but ultime des règles de passation des marchés publics, c'est-à-dire l'absence d'atteinte à la libre concurrence, ne soit pas méconnu, notamment à travers des constructions artificielles tendant à les contourner frauduleusement. Il n'en reste pas moins que l'accord de mutualisation doit répondre à plusieurs exigences pour pouvoir échapper aux règles des directives. D'abord, il doit être conclu entre autorités publiques, dès lors que les relations *in house* excluent la présence d'une participation privée. Ensuite, l'accord doit être conclu dans un esprit de coopération et de souplesse : en effet, la convention prévoyait que, en cas de dysfonctionnements, la ville d'Hambourg bénéficiait d'une priorité dans l'accès à l'installation et n'était obligée à fournir une alternative pour les déchets des *Landkreise* que si des capacités étaient disponibles dans les autres installations auxquelles elle avait accès. On peut considérer que, si la ville d'Hambourg devait être regardée comme le prestataire de services pour les *Landkreise*, les conditions auraient été plus contraignantes. Enfin, la finalité de la convention doit être la mise en œuvre d'un service public commun : la convention se caractérise donc pour ses engagements mutuels, plutôt que pour un service rendu par une partie aux autres.

Alors même qu'il n'est pas précisé si les éléments dont est constitué le faisceau d'indices utilisé par la Cour pour exclure l'obligation de mise en concurrence sont cumulatifs, l'hypothèse de l'arrêt *Commission c. Allemagne* pour l'élimination des déchets pourrait trouver application également dans d'autres domaines de compétence des collectivités locales. Une telle démarche n'est pas inconnue en droit français : en modifiant l'article L. 5111-1 CGCT, le législateur de la réforme de 2010 est intervenu pour en donner un encadrement général et exclure l'application du code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 dans deux hypothèses : d'abord, les prestations portant sur des services non économiques d'intérêt général au sens du droit de l'Union européenne ; ensuite, les prestations portant sur d'autres missions d'intérêt public, si elles ne sont que des opérations de coopération, dont les conditions sont spécifiées au nouvel article L. 5111-1-1 (création d'un service unifié, mise à disposition du service et des équipements, regroupement des services et des équipements existants). La jurisprudence de la Cour de justice permet de clarifier les conditions de

---

<sup>42</sup> Note sous cet arrêt, *JCP A*, 2009, n° 44, 2248, p. 23-27.

conclusion de ces conventions, qui se placent sur un terrain différent de la coopération institutionnalisée et permettent d'éviter les difficultés posées par la jurisprudence de la Cour de justice et sa transposition en droit interne avec la décision *Communauté de communes du Piémont-de-Barr*. En outre, alors que la création d'une société présuppose qu'elle puisse avoir une certaine viabilité économique autonome, la satisfaction des besoins des collectivités locales à travers ce type de montage constitue un engagement moins lourd. Néanmoins, la Commission européenne ne s'est pas encore prononcée sur ce nouveau dispositif, mais l'automatisme de l'exclusion de l'application des règles des directives peut être discutable, dès lors que le principe demeure celui de leur application. En outre, la qualification des opérations comme de coopération et non pas comme marchés est susceptible de poser des problèmes qui ne peuvent être résolus qu'à travers l'analyse *in concreto* des activités en cause et de leurs modalités de rémunération.

## **Section 2**

### **Les structures d'intervention des collectivités locales**

Les collectivités locales gèrent leurs activités également grâce à nombre d'autres instruments : parmi eux, il est possible que les SPL viennent concurrencer les établissements publics locaux, notamment ceux qui interviennent dans le secteur industriel et commercial (§1), alors que des distinctions s'imposent pour envisager une telle évolution pour les associations (§2).

#### **§1 – Le destin controversé des EPIC locaux**

Selon les dernières données disponibles, le nombre total d'établissements publics locaux en France est de 61 500 unités<sup>43</sup>. La plupart d'entre eux (42 856) ne participent pas à l'intercommunalité et ont des natures très diverses : il s'agit notamment des centres communaux d'action sociale, des caisses des écoles, des régies personnalisées, des associations syndicales de propriétaires, des centres de gestion de la fonction publique territoriale et des services départementaux de protection contre l'incendie et de secours. Des réflexions particulières peuvent être menées en ce qui concerne les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), pour analyser l'impact que pourraient avoir sur eux les SPL : si les EPIC locaux apparaissaient, jusqu'à une époque récente, à l'abri de critiques (A), la loi du 28 mai 2010 pourrait avoir comme effet leur remise en cause (B).

##### **A. Une évolution inattendue au niveau local**

La doctrine s'est penchée à maintes reprises sur les transformations des EPIC nationaux à partir de 1996, lorsque France Télécom a acquis le statut de société anonyme : d'autres importants opérateurs économiques qui revêtaient la même forme et étaient placés sous le contrôle de l'État ont subi une privatisation de statut, qui pour certains d'entre eux a précédé la privatisation des capitaux, cédés à des investisseurs privés.

---

<sup>43</sup> « Les comptes de l'intercommunalité et des établissements publics locaux en 2008 », Direction générale des finances publiques du Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique ; disponible sur le site [http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo\\_otherfiles\\_fina\\_loca/telecharger/brochureepi\\_2008.pdf](http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_otherfiles_fina_loca/telecharger/brochureepi_2008.pdf).

Jusqu'à la période récente, les commentateurs ont considérés que les EPIC locaux étaient à l'abri de cette évolution : le Professeur Michaël Karpenschif<sup>44</sup> a souligné qu'ils jouissent d'une forte légitimité politique, étant donné qu'ils sont chargés de la gestion de services de proximité et ils sont étroitement liés aux usagers de leur collectivité de rattachement. Pour les EPIC locaux, il n'y aurait pas la même « logique de l'entreprise industrielle » que constitue l'EPIC national. Les établissements publics, dont l'origine bien ancienne est absolument étrangère aux préoccupations récentes de la Cour de justice, sont considérés comme ayant le degré d'intégration maximal avec les collectivités de rattachement. Ils constituent des régies personnalisées et dotées de l'autonomie financières (art. L. 2221-10 CGCT), mais ils ne diffèrent pas substantiellement des services gérés directement par les collectivités territoriales. Les juridictions financières sont souvent arrivées à la même conclusion, en reconnaissant reconnu le caractère *in house* des relations entre les collectivités et leurs régies autonomes<sup>45</sup>.

Les services publics à caractère industriel et commercial reçoivent une attention particulière dans le CGCT, qui contient des dispositions spécifiques à certains SPIC : l'eau et l'assainissement (art. L. 2224-7 à L. 2224-12-5), l'élimination des déchets (L. 2224-13 à 17), les halles et marchés (L. 2224-18 à 29) ; en outre, les collectivités territoriales et leurs EPCI sont les autorités concédantes de la distribution publique de l'électricité et du gaz (L. 2224-31). De même, l'article L. 1425-1 CGCT permet aux collectivités territoriales d'établir et exploiter des infrastructures et des réseaux de communications électroniques. En outre, d'autres textes peuvent contenir des dispositions fondant la compétence des collectivités territoriales pour la gestion de SPIC, éventuellement confiés à des EPIC : aux termes de l'article L. 1231-1 du Code des transports<sup>46</sup>, d'abord, « les communes, leurs groupements et les syndicats mixtes de transports sont [...] les autorités compétentes pour organiser les services réguliers de transport public urbain de personnes » ; à l'article L. 1221-3 il est précisé que les autorités organisatrices ont le choix entre la gestion en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial et une entreprise privée ayant passé une convention avec l'autorité organisatrice. La même alternative est posée, ensuite, par l'article L. 342-13 du Code du tourisme<sup>47</sup> à propos du service de remontées mécaniques, qui est organisée par les communes sur le territoire desquelles elles sont situées (art. L. 342-9 du même code). Dans d'autres cas, enfin, le juge administratif s'est directement prononcé sur la nature du service, qualifiant, par exemple, de SPIC la gestion de parcs de stationnement publics<sup>48</sup>.

Dans le cadre de la liberté de choix du mode de gestion du service, la formule de l'établissement public offre depuis longtemps les avantages qui sont recherchés dans la SPL : les personnels sont généralement soumis à un statut de droit privé, les règles de la comptabilité communale s'appliquent sous de nombreuses

---

<sup>44</sup> KARPENSCHIF (M.), « Les EPIC dans tous leurs états. Rapport introductif », *JCP A*, 2009, n°31-35, 2197, p. 18-22.

<sup>45</sup> CRC Languedoc-Roussillon, 30 juillet 2010, *Avis de contrôle des actes budgétaires, régie autonome d'exploitation touristique de Puyvalador-Rieutort*; CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, 20 mars 2009, *Régie municipale pour le stationnement de Saint-Raphaël*.

<sup>46</sup> Ord. n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports, codifiant notamment les dispositions de la loi n° 82-1153 du 30 déc. 1982 d'orientation des transports intérieurs (JO 31 déc. 1982, p. 4004).

<sup>47</sup> Ord. n° 2004-1391 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code du tourisme.

<sup>48</sup> CE, 2 avril 1997, *Commune de Montgeron*, n° 124883; Rec. tables p. 706.

dérogrations, les relations avec les usagers sont régies par des règles de droit privé et ont connu un grand développement en termes de transparence et de performance. Le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 a introduit un véritable statut des régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière dans le CGCT, dont les articles R. 2221-27 à 52 se réfèrent aux régies chargées de l'exploitation d'un SPIC. Les EPIC locaux bénéficient de nombreuses prérogatives communes aux autres opérateurs économiques, comme la possibilité de d'acquérir des participations financières dans les entreprises publiques, semi-publiques ou privées qui exercent une activité complémentaire ou connexe ou de contracter des emprunts auprès de tous organismes prêteurs ou auprès des particuliers. Ces précisions leur permettent de dépasser les limites qui sont fixées, d'une part, par le strict respect du principe de spécialité, commun à tout établissement public, et d'autre part de s'assurer la viabilité économique qui pourrait être entravée par l'absence d'un capital comme dans une entreprise privée. En outre, le législateur est parfois intervenu pour qualifier expressément certains établissements publics comme des EPIC locaux : c'est le cas des offices publics de l'habitat (art. L. 421-1 CCH), les établissements publics fonciers habilités à réaliser toute acquisition foncière ou immobilière en vue de la constitution de réserves foncières (art. L. 324-1 C. urb.), les établissements publics locaux d'aménagement, compétents pour conduire des opérations de rénovation urbaine et de développement économique (art. L. 326-1 C. urb.), les offices du tourisme qui n'ont pas une forme associative (art. L. 133-2 du Code du tourisme), les établissements publics de coopération culturelle dont l'objet de l'activité est industriel et commercial (art. L. 1431-1 CGCT).

Les EPIC auraient donc bénéficié d'un certain encadrement par le droit positif, qui n'a pas été conduit à les remettre en cause à niveau local, mais également d'une faveur de la part de la jurisprudence. Il est par exemple possible d'interpréter dans tel sens la décision de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État du 12 décembre 2003, *Département des Landes* : dans cet arrêt, une délibération du conseil général tendant à inciter financièrement les communes ou leurs syndicats à gérer en régie leurs réseaux d'eau ou d'assainissement plutôt que de les affermer n'a pas été jugée illégale, dès lors qu'elle ne portait pas atteinte à la liberté pour les communes de choisir le mode de gestion. Le Professeur Jean-François Sestier a remarqué que les établissements publics bénéficient « d'une telle confiance de la part des pouvoirs publics et du juge constitutionnel, que ce dernier a accepté qu'ils soient exonérés de toute mise en concurrence dans l'attribution d'une délégation de service public, dans le même temps qu'il déclarait non conforme à la Constitution les dispositions similaires pour les SEML »<sup>49</sup>. En outre, les règles de publicité et mise en concurrence étaient écartées sans aucune spécification en ce qui concerne les établissements publics, alors que pour les SPL l'article L. 1411-12 CGCT reprend les deux critères des quasi-régies<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> SESTIER (J.-F.), « Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », *RFDA*, 2002, n° 5, p. 926.

<sup>50</sup> Le III de l'article 2 de la loi du 28 mai 2010 est intervenu dans le même sens sur la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin, pour modifier l'article 41, b) et ajouter un nouvel article 48.

## B. La tentation de transformation en société publique locale

« Les EPIC locaux répondent à des intérêts locaux, ils n'ont pas vocation à prester en dehors de leur territoire de rattachement ou à excéder le périmètre de leurs compétences. En d'autres termes, les limites imposées par le principe de spécialité paraissent totalement supportables pour l'EPIC local qui ne cherche ni à diversifier ses activités, ni à intervenir sur un territoire national, voire international » : cette phrase, que le Professeur Karpenschif utilise en se référant aux établissements publics, pourrait très bien avoir comme sujet les SPL. Les SPL sont venues compléter, au niveau local, la trilogie existant au niveau national : EPIC, société aux capitaux intégralement publics et SEM dont les capitaux publics sont majoritaires. Leur introduction a pu sembler paradoxal, dès lors que même le statut de la société nationale paraît de plus en plus délaissé par l'État<sup>51</sup>. Au contraire, nonobstant l'absence de préoccupation, jusqu'à présent, d'une attitude des décideurs locaux en tel sens, il n'est pas exclu que les collectivités locales s'orientent vers la transformation de leurs EPIC en sociétés, sous la pression éventuellement des autorités nationales ou européennes. En particulier, la restriction venant du respect du principe de spécialité imposé aux établissements locaux, avec les précisions dont il a été fait état, semble rejoindre pour les SPL la limitation à exercer leur activité *exclusivement* pour le compte des actionnaires et sur leur territoire (art. L. 1531-1 CGCT al. 3).

Des éléments ultérieurs par rapport aux règles de droit privé utilisées dans les EPIC pourraient pousser d'avantage à la transformation en sociétés. De façon générale, les relations entre la collectivité et la SPL seraient des relations contractuelles et non soumises à la règle de la tutelle qui s'impose pour les établissements publics, dès lors qu'elles représentent une modalité particulière de gestion déléguée des services publics<sup>52</sup> : le mouvement de contractualisation constitue l'un des facteurs constants dans l'utilisation de structures dédiées pour l'exploitation des services publics locaux et trouve des développements importants dans les instruments italien du *contratto di servizio* ou allemand du *konzessionsvertrag*. En outre, des dispositions de droit positif peuvent accroître l'intérêt pour les SPL vis-à-vis des EPIC : par exemple, l'article 2 CMP étend l'application des règles du code à tous les établissements publics locaux, alors qu'il limite la définition de pouvoir adjudicateurs aux établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial. Cette distinction, imposée pour limiter la marge de manœuvre au niveau local et éviter les risques de dépassement des contraintes budgétaires, rend les EPIC locaux moins attractifs par rapport aux SPL, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs au sens du CMP.

La transformation des établissements publics locaux en sociétés est une constante de l'évolution des modalités de gestion dans différents pays européens<sup>53</sup>. En Allemagne, chaque *Land* peut encadrer la transformation sur base volontaire des régies (*Regiebetrieb* et *Eigenbetrieb*) en sociétés à participation unique, conjointe ou mixte. Les groupes de sociétés multiservices issus de la transformation des groupes

---

<sup>51</sup> BERNARD (S.), « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDP*, 2011, n° 3, p. 587-603.

<sup>52</sup> BRACONNIER (S.), MOURIESSE (X.), « La société publique locale comme outil de gestion déléguée des services publics », *CMP*, 2010, n° 11, p. 50-51.

<sup>53</sup> COSSALTER (Ph.), « La société publique locale: un outil répandu en Europe », *in* Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *RDP*, 2011, n° 3, p. 730-738.

d'établissements publics sont liés à leurs collectivités actionnaires par des contrats de gestion. En Espagne, des sociétés à capital public exclusif ou mixte sont créés à la place des établissements publics et ont souvent une dimension intercommunale. En Angleterre, la gestion à travers des sociétés est propre à des secteurs déterminés, tel que l'élimination des déchets, la propriété publique ou privée de telles entités étant indifférent. Un tel mouvement de *sociétisation* a été mis en œuvre, en outre, en Italie dès 2001 : l'article 35 de la loi n° 448/2001, *loi des finances pour 2002* a supprimé la possibilité pour les collectivités territoriales de gérer les services publics industriels à travers des régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, dites *aziende speciali* (ci-après, entreprises spéciales). Ce changement a ouvert la voie à la mise en concurrence des opérateurs pour la gestion des services publics locaux, mais également à la création de sociétés à capitaux entièrement publics, comme prévu par la disposition introduite par la loi de finances pour 2002 (art. 113 al. 5 nouveau du décret législatif n° 267/2000). Il faut relever qu'une telle démarche pourrait être dangereuse pour l'application de l'exception *Teckal* aux sociétés ainsi créées. Dans l'arrêt *Parking Brixen*, la Cour de justice a eu à examiner une espèce dans laquelle un contrat avait été conclu avec une société issue de la transformation d'une entreprise spéciale de la commune. L'avocat général Kokott affirme dans ses conclusions sous cet arrêt, sans être suivie sur ce point par la Cour, que « l'obligation légale d'ouvrir le capital d'une société, dans un certain délai, à la participation de tiers ne suffit pas, seule, à exclure que le pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » (§62). Au point 67 de l'arrêt, la Cour arrive à une conclusion opposée et insère la transformation en société parmi les indices qui doivent conduire à exclure l'existence du contrôle analogue ; il est vrai qu'au même temps la Cour analyse le fait que les capitaux de la société devront être, à court terme, cédés à des actionnaires privés, mais la transformation pourrait à elle seule suffire à exclure le contrôle analogue si elle démontrait la volonté de l'actionnaire public de laisser une large marge de manœuvre aux organes sociaux.

## **§2 – Les sociétés publiques locales et le phénomène associatif**

La présence d'associations dans la sphère de l'administration a conduit la jurisprudence administrative à déterminer les cas dans lesquels telles structures constituent un détournement des procédés légaux (A) ; si les SPL pourraient s'apparenter à cette catégorie, elles sont d'abord soumises aux spécificités de leur statut (B).

### **A. Les associations dans la jurisprudence administrative**

La jurisprudence administrative a été confrontée au phénomène associatif, qui caractérise une modalité d'organisation dans laquelle les personnes publiques fournissent un apport, décisif d'un point de vue opérationnel et financier, à des activités dont elles n'ont pas originairement pris l'initiative. Cette position a été formulée dans un avis du 18 mai 2004, dans lequel la Section de l'Intérieur du Conseil d'État a précisé que, alors même que dans ces cas il n'est pas possible de parler de dévolution d'un service public de la part de la personne publique, l'activité peut se voir reconnaître un caractère de service public. En effet, l'intérêt général que s'attache à l'activité et l'importance qu'elle revêt aux yeux de la personne publique impliquent qu'elle exerce un droit de regard sur son organisation et participe à son financement, en absence de règles

contraires. Cette hypothèse est reprise dans la décision *Commune d'Aix-en-Provence*, qui la présente comme une alternative à l'application des critères des prestations intégrées. En espèce, la Section du contentieux a examiné les caractéristiques de l'association chargée de la gestion du festival international d'art lyrique et elle a constaté qu'elle avait été créée par des personnes publiques, que son objet exclusif était la programmation et l'organisation du festival, que le contrôle sur les nominations des organes dirigeants revenait entièrement aux personnes publiques associées et que son activité dépendait largement de l'intervention des personnes publiques, notamment du point de vue des financements et des modalités de fonctionnement (mise à disposition de locaux, garanties d'emprunt). De l'ensemble de ces éléments, le Conseil d'État a conclu que l'association ne pouvait être délégataire d'une délégation de service public, dès lors que la conclusion d'un tel contrat ne s'imposait pas en raison de l'absence d'un opérateur sur un marché contractuel. Un raisonnement similaire a été suivi également par les juges financiers : dans une décision du 24 décembre 2001, *Départements des Hauts-de-Seine*, la CRC de l'Ile de France a analysé les liens entre le département et une association chargée de missions pédagogiques et formatives et a conclu à la présence d'une quasi-régie.

Au-delà de cette hypothèse, dans laquelle l'organisation d'un service public est admise en fonction des caractéristiques particulières de l'activité, la jurisprudence administrative et financière a construit des règles propres aux associations transparentes. Une définition générale est contenue dans l'arrêt du 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt* : « 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' et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ». Le juge administratif procède donc à l'analyse d'un faisceau d'indices, que le Conseil d'État a résumé dès son rapport public pour 2000, *Les associations de la loi de 1901, cent ans après* dans quatre éléments : création publique, composition publique, financement public et mission de service public. L'association ne peut donc survivre en dehors du soutien que lui accorde la personne publique, comme le précise la Cour des comptes dans un arrêt du 26 mai 1992. La catégorie des associations transparentes a été progressivement identifiée par la jurisprudence pour sanctionner le détournement opéré par les collectivités qui recourraient à des associations de la loi 1901 sans respecter les prescriptions les concernant, notamment en termes de comptabilité ou de personnels. Dans son arrêt du 11 mai 1987, *Divier* (Rec. p. 167), le Conseil d'État a en fait qualifiée l'association pour l'information municipale, présidée par le maire de Paris, comme intermédiaire nominal et a considéré qu'elle intervenait « pour des raisons de commodité ». Cette démarche, fondée sur une analyse concrète des modalités de fonctionnement de l'association, a permis au juge administratif de retenir sa compétence pour l'annulation de deux décisions du maire-président de l'association, dès lors qu'elles devaient être regardées en tant que décision du chef de l'exécutif local. Dans un autre arrêt du 5 décembre 2005, *Département Dordogne*<sup>54</sup>, le Conseil d'État a sanctionné la gestion du Comité d'expansion de la Dordogne, dont la prévision annuelle des dépenses n'avait pas été faite, ni les organes statutaires réunis. En outre, la

---

<sup>54</sup> Rec. 552, *JCP A* 2006.44 concl. E. Glaser; *AJDA*, 2006. 661 note F. Brenet.

jurisprudence s'est également intéressée à l'étendue des tâches confiées à une telle structure : dans le respect de la jurisprudence posée par l'arrêt du 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, une personne publique ne saurait déléguer entièrement l'une de ses compétences à une association, dès lors qu'elle est obligée à conserver un pouvoir général d'organisation et contrôle des activités éventuellement confiées à une structure externe. Le caractère transparent de l'association a pour conséquence la qualification de la nature administrative de certains actes et des contrats, s'ils répondent aux conditions habituelles des contrats administratifs, l'engagement de la responsabilité de la personne publique pour les dommages causés par l'association, l'application du régime de fonction publique pour les agents, la possibilité de qualifier de gestion de fait l'utilisation de fonds reçus à titre de subvention, dès lors qu'ils gardent la nature de fonds publics. Le contrôle juridictionnel peut intéresser également le juge pénal, en particulier dans le cas de la peine complémentaire d'inéligibilité prononcée en cas de gestion de fait ou de la sanction de la prise illégale d'intérêts (art. 432-12 et 17 du code pénal) pour les élus administrateurs d'associations transparentes.

## **B. La non complète fongibilité avec les SPL**

Les SPL ont été assimilées aux associations transparentes, dès lors que les deux types de structures offrent la possibilité aux personnes publiques d'agir selon les modalités propres au droit privé<sup>55</sup>. Pour cette raison, en considérant que les SPL bénéficient d'un statut législatif, alors que la catégorie des associations transparentes a été introduite par le juge dans un but de sanction, il est possible de prévoir que les premières pourront en large partie remplacer les secondes. En ce qui concerne la compatibilité des associations avec les quasi-régies, le Professeur Braconnier a pu considérer qu'elles sont rendues légales par le respect des contraintes du droit public et de la comptabilité publique, alors que des simples associations transparentes non couvertes par l'exception *in house* doivent généralement être considérées comme illégales. En effet, les critères *Teckal* peuvent se superposer à l'existence d'une association, comme dans le cas examiné dans l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence*. Nonobstant les similitudes avec la situation dans laquelle pourrait se trouver une SPL, plusieurs précisions s'imposent.

D'abord, il faut rappeler que toute SPL ne sera pas forcément un opérateur en quasi-régie : pour atteindre cette qualification, les juges pourront se livrer à un contrôle comparable à celui effectué dans la décision *Ville d'Aix-en-Provence*, en pouvant également conclure à l'absence des critères posés par la jurisprudence. Au même titre, les collectivités territoriales peuvent recourir à des associations qui ne répondent pas aux critères *Teckal* et pour lesquels les règles de publicité et mise en concurrence doivent être respectées, indépendamment de la forme juridique de l'entité.

Deuxièmement, le cas présenté dans la décision *Commune d'Aix-en-Provence* n'épuise pas l'ensemble des hypothèses d'utilisation d'une association envisagées par la jurisprudence : à côté des associations dont la légitimité a été reconnue par les juges, dans nombre de cas la jurisprudence a utilisé le caractère transparent d'une association pour condamner le détournement de la procédure. En outre, l'appréciation des associations

---

<sup>55</sup> DAMAREY (S.), « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA*, 2011, p. 15-17.

créées dans les hypothèses du présent arrêt ou de l'avis sur la Cinémathèque française dépendait également de la nécessité de justifier le « droit de regard » de l'administration sur des activités qui n'étaient pas une manifestation de sa propre initiative, mais qui tendaient à reconnaître un caractère de service public à des activités dont l'origine était privée et que l'administration avait, au fil du temps, reprises.

En outre, il est possible d'exclure que les critères des associations transparentes seront appliqués aux SPL, dès lors qu'elles bénéficient d'un propre statut législatif, qui permet d'éviter l'imputation de leurs actes aux collectivités actionnaires. En effet, nonobstant le degré élevé d'intégration qu'elles devront respecter pour bénéficier de l'exception aux règles de publicité et mise en concurrence, elles ont été prévues comme des personnes juridiques distinctes des personnes publiques. La logique est en quelque sorte inversée par rapport aux associations transparentes : si la jurisprudence administrative s'est intéressée à ces dernières parce qu'elles géraient en réalité des activités comme si elles étaient gérées directement par la personne publique, qui en revanche prétendait être débarrassée des contraintes de la gestion publique, les SPL devraient être utilisées par les personnes publiques pour justifier, vis-à-vis des opérateurs économiques potentiellement concurrents, la mise à l'écart des règles de procédure et mise en concurrence, comme si l'activité était gérée directement en régie. Avec les associations transparentes les personnes publiques tendaient à éloigner d'elles une activité que le juge reconduisait dans leur sphère juridique, avec les SPL les personnes publiques devraient tendre à rapprocher d'elles des activités qui seraient normalement attribuées aux opérateurs présents sur le marché après mise en concurrence. En outre, cette distinction apparaît également d'un point de vue formel : en effet, quand une personne publique laissait gérer une activité à une association, soit dans des hypothèses légales comme dans le cas de l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence*, soit dans des hypothèses censurées par le juge comme dans le cas de l'arrêt *Commune de Boulogne-Billancourt*, il n'y avait aucune relation de type contractuel entre la personne publique et l'association. Les liens entre les deux entités étaient constitués exclusivement par le contrôle de fait exercé par la première sur la seconde, qui avait en outre la charge d'un service public. Ce principe a été nuancé à partir de la loi n° 2000-321 du 12 janvier 2000 et du décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 qui met en œuvre son article 10 : il est en effet prévu qu'une convention doit être obligatoirement être conclue lorsque les collectivités publiques décident d'attribuer une subvention de plus de 23 000€, dont il faut définir l'objet, le montant et les conditions d'utilisation. Cette obligation se réfère plus particulièrement aux flux financiers entre la collectivité et l'association, pour éviter que les ressources constituent en réalité la contrepartie d'une prestation, en dehors des obligations légales, notamment si l'initiative des activités à accomplir vient de la part de la personne publique<sup>56</sup>. En effet, les relations financières entre les collectivités publiques et les associations peuvent être extrêmement délicates, dès lors que, quand elles exercent une activité économique, les subventions qui leur sont octroyées sont qualifiées d'aides d'État et soumises au relatif régime restrictif, qui en revanche n'impose pas le recours à la procédure

---

<sup>56</sup> CE, 6 juillet 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais*, Rec. p. 210; CE, 10 juillet 1991, *CCI de Perpignan*, Rec., p. 279.

de passation des marchés publics<sup>57</sup>. Le même problème pourrait se poser pour les SPL, mais dans ce cas le législateur a voulu encadrer l'ensemble des relations entre la société et les actionnaires et il a expressément prévu la soumission à des règles similaires à celles prévues pour la conclusion d'une DSP avec un établissement public, notamment en ce qui concerne la délibération préalable de l'organe compétent.

D'un point de vue concret, pour caractériser une structure comme association transparente, il faut que le pouvoir de gestion et de financement soit détenu par une personne publique, qui utilise l'association transparente pour accomplir des tâches qu'elle devrait réaliser à travers de procédés plus complexes. En revanche, les structures *in house* ne comportent pas en principe une dépendance financière complète de la part de la collectivité publique (ou des collectivités publiques) qui l'a constituée. Dans l'association transparente, les critères capitalistiques utilisés pour identifier le contrôle sur des sociétés, comme cela a été fait par la jurisprudence de la Cour de justice, ne peuvent pas jouer, alors que pour une SPL l'exigence d'un capital entièrement public est posée par la loi. Cela permet de conclure que les deux catégories ne sont pas complètement fongibles, dès lors que des associations pourront continuer à être constituées dans des domaines dans lesquels l'intervention publique est moins encadrée. Les personnes publiques, et notamment les collectivités territoriales, disposent d'un ensemble d'instrument très vaste pour répondre à leurs différentes exigences, et il est donc possible d'imaginer qu'elles s'en servent à la place des associations. Par exemple, dans le secteur culturel qui intéresse les activités examinées dans l'arrêt *Ville d'Aix-en Provence*, elles peuvent recourir aux établissements publics de coopération culturelle (EPCC) créés par la loi n° 2002-6 du 4 janvier 2002. Néanmoins, les SPL n'ont pas à vocation à se substituer entièrement au phénomène associatif, dans les hypothèses où les personnes publiques continueront à bénéficier du cadre juridique moins contraignant des associations, à la condition que leur utilisation ne soit pas censurée par le juge administratif.

---

<sup>57</sup> Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations (JORF 20 janvier 2010, p. 1138).

## Chapitre 2 – Les instruments de fonctionnement

Comme il est rappelé par Julien Martin<sup>58</sup>, « face à un organisme dont la proximité avec les personnes publiques est évidente, sans que celui-ci en soit une, le juge administratif a développé deux techniques lui permettant d'étendre l'application du droit public à la structure privée en fonction de son degré de proximité avec l'administration. La première revient à imputer à la personne publique les conséquences juridiques de l'action de la personne privée. La seconde consiste à étendre l'application du droit public à la structure privée dans certaines situations bien précises ». Sans procéder à une analyse détaillée de tous les aspects qui, sur la base de l'expérience des SEML, pourraient constituer des particularités dans le régime des SPL, comme l'édition d'actes<sup>59</sup> ou l'engagement de la responsabilité<sup>60</sup>, il est possible de s'intéresser aux spécificités qui, dans le cadre de fonctionnement des SPL, concernent les contrats (Section 1) et les ressources humaines nécessaires pour leurs activités (Section 2).

### Section 1 – Le régime des contrats

Avant l'adoption de la loi du 28 mai 2010, le texte contenant la reconnaissance la plus explicite des critères *Teckal* était l'article 3, 1° du code des marchés publics, qui inclut les entités *in house* parmi les hypothèses qui permettent une exception à l'application du code. En outre, il ajoute un critère supplémentaire, qui permet d'éviter des abus et des détournements liés à la non application des règles du code : les pouvoirs adjudicateurs ne sont exemptés de l'application du CMP que si l'entité *in house* à laquelle ils attribuent le contrat « applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévus par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics<sup>61</sup> ». Par conséquent, les personnes publiques ne peuvent pas se servir de leurs quasi-régies dans le but exclusif de contourner les règles de publicité et mise en concurrence. La combinaison de cette disposition avec la consécration des critères *in house* à l'article L. 1531-1 CGCT conduit à affirmer que les SPL sont soumises à l'ordonnance (§1) ; cela n'a pas des conséquences univoques sur la nature des contrats qu'elles concluent (§2).

#### §1 - L'application de l'ordonnance du 6 juin 2005

L'application des règles pour la passation des contrats trouve son fondement dans les directives, selon les dispositions reprises dans l'ordonnance (A) ; ce régime juridique comporte des différences par rapport aux règles actuellement applicables aux structures des collectivités territoriales (B).

---

<sup>58</sup> MARTIN (J.), « Personne privée, capitaux publics, et régime mixte », in Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *RDP*, 2011, n° 3, p. 744-752.

<sup>59</sup> CE, Sect., 5 mai 1972, *Société d'équipement de l'Indre et ministre de l'équipement et du logement c/ sieur Allain*, Rec. p. 341, *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 905, note F. Moderne.

<sup>60</sup> CE, Sect., 19 déc. 1969, *Etablissements Delannoy*, Rec., p. 596 ; CE, Sect., 29 juillet 1994, *Société d'assurances "Les mutuelles du Mans"*, Rec. tables p. 854, CE, 30 juin 1999, *Commune de Voreppe*, Rec., p. 225 ; CE, 5 avril 2006, *Centre hospitalier de Mulhouse*, Rec. tables, p. 952.

<sup>61</sup> JORF 7 juin 2005, p. 10014.

## A. L'applicabilité de l'ordonnance aux SPL

Lors de la réception de directives en matière de marchés publics en droit français, le partage a été fait entre le code et l'ordonnance, complétée par les décrets n° 2005-1308 du 20 octobre 2005<sup>62</sup> et n° 2005-1742 du 30 décembre 2005<sup>63</sup>. L'ordonnance constitue le complément logique du code, dès lors que le champ d'application des directives s'étend aux organismes de droit public, définis par les articles 1§9 de la directive n° 2004/18/CE et 2 de la directive n° 2004/17/CE comme tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, doté de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les SPL sont logiquement exclues du champ d'application du CMP, dès lors que son article 2 en réserve l'application à l'État et à ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, ainsi qu'aux collectivités territoriales et leurs établissements publics. En revanche, elles peuvent rentrer dans le champ d'application de l'ordonnance à un double titre, selon les hypothèses prévues à l'article 3. D'abord, le 1° de cet article soumet à l'ordonnance les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au CMP dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial : les SPL sont donc susceptibles d'être incluses dans ce cas de figure dès lors que, en vertu de la formulation large de l'alinéa 2 de l'article L. 1531-1 CGCT, elles peuvent accomplir toute activité d'intérêt général. En outre, l'organisme doit remplir, pour rentrer dans le champ d'application de l'ordonnance, les trois conditions supplémentaires et alternatives prévues par les directives. Si elles veulent remplir les critères *Teckal*, les SPL devront forcément respecter au moins les conditions du contrôle et de la composition des organes dirigeants. Il ne sera donc pas fait état des sociétés qui, ne remplissant pas l'une de ces conditions, ne sont pas soumises à l'ordonnance, dès lors qu'elles pourraient difficilement être considérées comme des quasi-régies.

Néanmoins, il serait possible de s'interroger sur le sort à réserver aux SPL qui n'exercent que des activités ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, même si ce cas de figure peut ne pas être considéré comme l'hypothèse principal, dès lors que un tel instrument a été créé en principe pour ce type d'activité et qu'elles peuvent réalisées grâce à d'autres instruments à la disposition des collectivités territoriales. En tout cas, la Cour de justice a précisé les contours de la notion de besoin autre qu'industriel et commercial, en le soumettant à une double condition : il s'agit de besoins qui, « d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons d'intérêt général, l'État choisit de

---

<sup>62</sup> Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (JORF 22 oct. 2005, p. 16572).

<sup>63</sup> Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (JORF 31 déc. 2005, p. 20782).

satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante »<sup>64</sup>. Pour garantir l'application des règles de passation des marchés, dans l'arrêt *Mannesmann* la Cour a ajouté qu'elles doivent s'appliquer même si les activités ne sont qu'en partie industrielles et commerciales. La conception de l'intérêt général de la Cour conduit à considérer que les SPL pourraient tomber dans le champ d'application des règles des directives, comme la Cour a jugé pour les OPHLM dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2001, *Commission c. France*, aff. C- 237/99. La présence d'une véritable activité à caractère industriel et commercial est particulièrement délicate pour les opérateurs *in house*, dès lors que dans l'arrêt du 27 février 2003, *Adolf Truley*, la Cour a posé comme critère du caractère industriel et commercial la présence d'un réel marché concurrentiel dans lequel l'organisme serait appelé à intervenir. La Cour a considéré qu'il n'est pas possible d'écarter la présence d'un besoin autre qu'industriel et commercial en raison de l'existence d'une concurrence développée, mais pour les SPL la situation qui se présente est plutôt inverse, dès lors que la concurrence est exclue pour la présence d'un opérateur *in house*. Dans cette hypothèse, et nonobstant le besoin que l'entité serait appelé à satisfaire, l'absence d'un marché conduirait à la considérer en tout cas un organisme créé pour satisfaire spécifiquement un besoin autre qu'industriel et commercial.

L'article 3 offre un second fondement à l'applicabilité de l'ordonnance aux SPL : en effet, son 4<sup>o</sup> dispose qu'un organisme de droit privé doté de la personnalité juridique est soumis à l'ordonnance, s'il est constitué en vue de réaliser certaines activités en commun par des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives communautaires. Compte tenu du fait que les SPL devront compter dans leur capital au moins deux actionnaires, il est possible mettre l'accent sur leur fonction de mutualisation entre collectivités territoriales, qui sont des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives, et en faire découler l'application de l'ordonnance.

## **B. Le contenu des règles imposées aux SPL**

Le droit français n'est pas nouveau à l'extension des règles de publicité et mise en concurrence à des personnes non soumises au CMP, mais qui néanmoins rentrent dans la sphère d'influence des pouvoirs publics : en effet, l'ordonnance de 2005 a repris les dispositions de la loi Sapin relatives aux SEM, qui imposaient le respect des principes prévues par le code, selon des modalités prévues par décret, pour les contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus pour l'exécution ou les besoins du service public (art. 48-I) ou pour une activité de construction ou de gestion de logements sociaux (art. L. 481-4 CCH, introduit par l'art. 48-III de la loi).

Les principes qui guident la conclusion des marchés des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005, énoncés à l'article 2 de la directive n° 2004/18/CE, sont les mêmes que pour les pouvoirs adjudicateurs soumis au code : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures. Ils ont d'ailleurs été élevés au niveau de principes généraux du droit par l'avis du Conseil d'État du 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin* et consacrés en tant que principes constitutionnels de la commande publique par la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003,

---

<sup>64</sup> CJCE, 10 nov. 1998, *BFI Holding*, aff. C-360/96, Rec. CJCE, I-6821; CJCE, 10 mai 2001, aff. C-223/99, *Agorà et Excelsior*, Rec. CJCE, I-3605.

n° 2003-473 DC, *loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*. En revanche, des différences peuvent être soulignées au stade des différentes procédures de passation. Le CMP contient plusieurs alternatives dans le cadre des procédures formalisées, chacune desquelles trouve application dans des hypothèses différentes : appel d'offres, procédure négociée, concours, dialogue compétitif, système d'acquisition dynamique. Le seuil pour leur application, modifié par le décret du 30 décembre 2009<sup>65</sup>, est de 4 845 000 euros HT pour les marchés de travaux et de 193 000 euros HT<sup>66</sup> pour les marchés de fournitures et services. Pour apprécier la différence entre le code et le décret, il faut se référer aux dispositions relatives aux montants inférieurs aux seuils : l'article 10 du décret du 30 décembre 2005 dispose que, lorsque le montant du marché est inférieur au seuil, « les marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur ». Le second alinéa précise que le pouvoir adjudicateur peut mettre en œuvre une des procédures formalisées même pour des montants inférieurs aux seuils : s'il n'en va pas ainsi, « les caractéristiques techniques des fournitures, des services ou des travaux qui sont portées à la connaissance du ou des candidats peuvent être décrites de manière très succincte ». Ces dispositions rejoignent en partie la formulation de l'art. 28 CMP, relatif à la procédure adaptée, dont « les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre et de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat ». Les procédures adaptées prévues par le code sont toutes soumises à un ensemble de règles, en particulier celles contenues à l'article 40 relatif aux mesures de publicité préalable obligatoires. En revanche, le caractère très succinct de l'information qui doivent être portées à la connaissance des candidats aux termes de l'article 10 du décret ne permet pas d'identifier une procédure unique en dessous des seuils et laisse aux pouvoirs adjudicateurs qui lui sont soumis, parmi lesquels il faut placer les SPL, une plus grande marge de manœuvre.

Néanmoins, il faut souligner que les régimes applicables aux deux groupes de pouvoirs adjudicateurs se rapprochent : en effet, les pouvoirs adjudicateurs soumis au code bénéficient d'une « présomption de conformité »<sup>67</sup> pour les mesures de publicité dans le cadre de la procédure adaptée, alors que les autres doivent démontrer d'avoir respecté les principes généraux des directives, à travers la mise en place de mesures de publicité suffisantes. En ce qui concerne les marchés soumis au code, son article 28 al. 4 prévoit la dispense de publicité et de mise en concurrence en deçà de 4 000 euros HT. Ce seuil a été déterminé à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 10 février 2010, *Perez c/ Ministre de l'économie*, n° 329100 qui a annulé l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 (JORF 20 déc. 2008, p. 19548) le relevant à 20 000 euros. Bien que pour les personnes soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 une telle distinction ne soit pas

---

<sup>65</sup> Décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 modifiant les seuils applicables aux marchés passés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et aux contrats de partenariat.

<sup>66</sup> L'article 26, II, 1° CMP prévoit un seuil moins élevé de 125 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services passés par l'État ; la même prévision est contenue dans l'art. 7, I, 2° du décret pour la Caisse des dépôts et consignations, les établissements publics administratifs ayant dans leur statut une mission de recherche et les pouvoirs adjudicateurs dont la liste est fixée par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

<sup>67</sup> DELPIERRE (V.), « Les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 : la liberté conditionnelle des procédures non formalisées », *CMP*, 2001, n° 5, étude n° 8, p. 17-19.

prévue, il est possible considérer que son fondement soit applicable à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, dès lors qu'il découle directement des principes d'égalité d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. En effet, le Conseil d'État a considéré qu'il n'est pas possible de fixer un seuil de caractère général pour l'ensemble des marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs : une exclusion ne peut être envisagée que si les formalités de publicité et mise en concurrence « sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré » et doit être examinée selon les données de l'espèce. Même si tel raisonnement a suscité des contestations, en raison de la limitation de la marge de manœuvre pour les pouvoirs adjudicateurs, son application même aux pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance a été envisagée. En particulier, une société d'économie mixte serait susceptible d'être exonérée de toute mesure de publicité et mise en concurrence en fonction de son objet social<sup>68</sup> : la même solution pourrait être valable pour une SPL. La distinction entre pouvoirs adjudicateurs soumis au code ou à l'ordonnance ne semble pas avoir des conséquences majeures en ce qui concerne le contentieux de la passation du contrat, tel que modifié par l'ordonnance du 7 mai 2009<sup>69</sup> : en effet, elle est venue uniformiser l'utilisation des voies de recours du référé précontractuel et du nouveau référé contractuel pour l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et pour l'ensemble des contrats qu'ils concluent, tant de droit public que de droit privé.

## **§2 - Le nature des contrats et la détermination du juge compétent**

La théorie traditionnelle des contrats publics vient reconforter l'aspiration de souplesse qui devrait caractériser les SPL en raison de leur soumission de principe au droit privé : dans ce cas, le critère organique qui exige, pour la conclusion d'un contrat administratif, que l'une des deux parties soit une personne publique ne se réalise pas. Le principe du caractère de droit privé des contrats conclus entre deux personnes privées, qui entraîne la compétence du juge judiciaire, peut apparaître paradoxal (A), d'autant plus que les modalités de soumission de ces contrats au droit administratif, identifiées par la jurisprudence, semblent connaître une remise en discussion (B).

### **A. Le caractère de droit privé des contrats des SPL, une anomalie dans le secteur public**

La soumission des contrats conclus par les SPL à l'ordonnance du 6 juin 2005 leur permet, d'abord, d'échapper à la disposition de l'article 2 de la loi dite MURCEF<sup>70</sup>, qui a imposé le caractère administratif des contrats conclus en application du CMP. Cette démarche du législateur a été largement contestée, parce qu'elle a conduit à considérer de nombreux contrats conclus par les personnes soumises au code comme des contrats administratifs, alors qu'ils ont toujours été considérés comme des contrats de droit privé. Au contraire, en soustrayant les SPL à cette obligation, le législateur a permis aux collectivités locales de

<sup>68</sup> Rép. min. n° 90420, JOAN Q 20 juillet 2010, p. 8135.

<sup>69</sup> Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JORF 8 mai 2009, p. 7796).

<sup>70</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (JORF 12 décembre 2001, p. 19703).

s'affranchir des obligations du code et d'échapper au contrôle du juge administratif. Cette observation est d'autant plus intéressante que le code s'applique également aux EPIC locaux, en soumettant leurs marchés au contrôle du juge administratif (v. *supra*, p. 25).

Néanmoins, des précisions peuvent être apportées, en absence de qualification législative, quant à l'applicabilité des critères jurisprudentiels traditionnels pour la détermination du caractère de droit public ou de droit privé d'un contrat. En effet, dans l'affirmation de principe du caractère privé des contrats des personnes privées, il est recourant d'exclure les critères jurisprudentiels qui fondent généralement le caractère administratif des contrats des personnes publiques en absence de qualification législative expresse : au-delà du critère du travail public, qui ne permet pas de fonder le caractère administratif des contrats des SEM (CE, 25 juin 1973, *SEMVI c/ Société Saunier Duval* relatif à la SEM gérant le marché de Paris-La Villette<sup>71</sup>), les deux critères principaux qu'il faut analyser sont la clause exorbitante du droit commun et le service public.

**L'absence de la clause exorbitante.** L'introduction du critère de la clause exorbitante remonte classiquement à l'arrêt du 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* ; il est explicitement formulé en ces termes dans l'arrêt du 2 mars 1923, *Jossifoglu*. Il signifie que la présence de certaines clauses, qui ne permettent pas de placer les cocontractants dans une situation comparable à celle qui pourrait résulter d'une convention conclue conformément au droit commun, suffit pour attirer l'ensemble de la convention dans la compétence du juge administratif<sup>72</sup>. Le Professeur Laurent Richer, même en faisant état des difficultés pratiques de définition de la clause exorbitante, affirme qu'elle est soit impossible soit inusuelle dans les relations entre particuliers. Lorsque une telle clause a été relevée dans une convention conclue entre deux personnes privées, cela n'a pas suffi au juge pour fonder la nature administrative du contrat : dans l'arrêt du 26 mars 1990, *Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA)*, n° 02596, le Tribunal des conflits a statué pour la compétence du juge judiciaire, dès lors que l'association en cause n'était pas investie de prérogatives de puissance publique ; cette solution est dégagée même si le contrat litigieux contenait des clauses exorbitantes, dès lors qu'il se référait au code des marchés publics et visait les cahiers des charges applicables aux marchés de travaux publics passés par l'État. En règle générale, la jurisprudence est successivement venue écarter le caractère administratif d'un contrat comme conséquence de l'application volontaire du CMP pour les personnes qui ne lui sont pas soumises (CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*), nonobstant la prévision de l'article 2 de la loi MURCEF. Dans le même sens, l'article 3, II de l'ordonnance du 6 juin 2005 laisse la liberté aux pouvoirs adjudicateurs qui lui sont soumis d'appliquer les règles plus contraignantes du code : dans aucun cas cette application n'impliquerait le caractère administratif des contrats ainsi conclus. En tout cas, il paraît difficile qu'une SPL puisse conclure avec des tiers des contrats contenant des clauses exorbitantes, dès lors que, chargée d'une activité d'intérêt général, elle devrait conclure des contrats principalement pour se procurer les moyens de réalisation de son

---

<sup>71</sup> Dans l'arrêt du 19 novembre 2004, *Société nationale Westminster Bank*, n° 231103, Rec. tables, p. 761, le Conseil d'État a jugé que les contrats conclus pour la réalisation de travaux autoroutiers sont soumis aux règles du droit public.

<sup>72</sup> Pour cette définition de clause exorbitante, cf. CE, 19 juin 1952, *Société des combustibles*, Rec. p. 628.

activité principale. Des hypothèses de sous-traitance ne sauraient être exclues, mais en vertu de la nature juridique de société elles répondraient plutôt, en principe, au droit privé.

**L'exécution d'une mission de service public.** L'autre critère retenu pour la qualification d'un contrat comme administratif aurait pu être plus pertinent dans le cadre des contrats conclus par les SPL, mais il est également écarté s'agissant de contrats conclus entre personnes privées. Le critère du service public a été formulé dans l'autre arrêt qui constitue l'un des pilier de la définition de contrat administratif, la décision du 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, dans laquelle le Conseil d'État a considéré que le contrat avait pour objet de confier à un particulier l'exécution même du service public et, pour cette raison, devait être qualifié d'administratif. Le lien avec le service public peut être également avéré, comme le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt du même jour *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*, dès lors que le contrat constitue l'un des modalités d'exécution du service public. Le critère du service public est également écarté si le contrat est conclu entre deux personnes privées, selon la jurisprudence *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord* et *Interlait*<sup>73</sup>. Le Tribunal des conflits en a jugé ainsi dans un cas particulièrement proche à celui des SPL, c'est-à-dire dans le cas d'un contrat de vente conclu par une SEM : dans l'arrêt du 23 octobre 1995, *Société Canal Plus Immobilier et autres*, n° 02964 (Rec. p. 500), le Tribunal a considéré que une demande de dommages-intérêts relative à un contrat de cession de droits immobiliers relève de la compétence du juge judiciaire, « même si cette convention se référerait au traité de concession la chargeant d'une mission de service public ». Le critère ne suffit pas, même si en espèce il se cumule avec celui des clauses exorbitantes, pour déterminer la nature administrative du contrat. Une pareille situation pourrait concerner dans l'avenir une SPL qui, chargée de l'exécution d'un service public, se trouverait à conclure des contrats avec des tiers, mais elle ne conduirait pas à affirmer la nature administrative du contrat.

## **B. La potentielle exception du caractère administratif des contrats**

Nonobstant la jurisprudence qui a écarté la nature administrative du contrat en présence de deux personnes privées, il n'est pas complètement exclu qu'un tel résultat puisse être atteint en application de la notion de mandat. En matière contractuelle, elle trouve à s'appliquer selon les règles de droit commun du droit civil et selon le modèle du mandat administratif construit par la jurisprudence.

Il est constant que, en cas de mandat, les règles applicables sont déterminées en fonction de la personne qui bénéficie effectivement des prestations réalisées en vertu du contrat final : comme il a été jugée qu'un contrat conclu par une personne publique est un contrat de droit privé, dès lors qu'elle agit dans l'intérêt exclusif d'une personne privée (CE, 1<sup>er</sup> décembre 1982, *Salat* ; CE, 12 octobre 1988, *Ministre des Affaires sociales c/ SERGIC* ; CE, 3 juin 2009, *OPAC du Rhône*), la jurisprudence a reconnu le caractère administratif aux contrats conclus par des personnes privées mandataires d'une personne publique. Cette hypothèse est d'autant plus intéressante et susceptible d'intéresser les SPL que la jurisprudence n'a pas hésité à identifier des

---

<sup>73</sup> CE, Sect., 13 décembre 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord*, D., 1964, J, p. 55, concl. Braibant ; TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*, AJDA, 1969.307, concl. J. Kahn, note A. de Laubadère.

hypothèses de mandat implicite : dans l'avis du 16 mai 2001, *Joly*<sup>74</sup>, le Conseil d'État a considéré qu'une association dont les agents avaient ensuite été employés par l'État devait être considérée comme agissant comme mandataire de ce dernier. Compte tenu des liens étroits que les SPL devront entretenir avec les collectivités publiques propriétaires, pour pouvoir bénéficier de l'exception *Teckal*, il n'est pas exclu que certains contrats pourront être qualifiés d'administratifs au titre d'un mandat. Par exemple, le Conseil d'État a fait application de la notion de mandat dans l'arrêt du 28 juillet 1995, *Préfet d'Ile-de-France c/ Société de gérance Jeanne d'Arc*<sup>75</sup>, dans une affaire concernant les marchés conclus par une SEML. En application de la loi MOP du 12 juillet 1985, qui prévoit l'application des règles applicables au mandant pour les contrats conclus par son mandataire, le Conseil d'État a considéré le déferé préfectoral pour les contrats signés par la SEML comme admissible, en considérant qu'elle avait conclu les contrats en nom et pour le compte de la commune.

La compétence du juge administratif a aussi connu une assez grande extension grâce à l'application de la jurisprudence *Peyrot*<sup>76</sup>, qui permettait d'attirer les contrats en les considérant conclus « pour le compte » de la personne publique. Cette notion a été précisée dans les décisions de la Section du Conseil d'État du 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine* et du Tribunal des conflits du 7 juillet 1975, *Commune d'Adge*, dans lesquels plusieurs indices ont été retenus pour affirmer que le contrat avait été conclu pour le compte de la personne publique : l'objet du contrat, la présence d'un cahier des charges dressé par la personne publique, le financement par des subventions des collectivités locales, la remise des ouvrages réalisés par les aménageurs aux collectivités locales. Le problème qui se pose dans l'application de la théorie du mandat administratif aux SPL est très proche de la réponse fournie à la question de l'identité entre les associations transparentes et ces sociétés et sa solution dépend du degré d'intégration de ces dernières par rapport aux collectivités actionnaires. D'abord, il convient remarquer que le législateur de 2010 a décidé d'insérer la formule « pour le compte » pour se référer aux activités exercées par la SPL : ce choix reflète la volonté de transposer dans le code le critère de l'opérateur dédié, mais il pourrait être interprété comme une modalité d'exercice d'activités à la place des collectivités publiques, en présence d'un élevé degré d'intégration. Au contraire, si la société arrive à bénéficier d'un certain degré d'autonomie, la nature des contrats posera des problèmes marginaux, dès lors qu'elle sera en toute hypothèse considérée comme un opérateur économique de droit privé. En premier lieu, s'il est possible de considérer les SPL comme plus adaptées à gérer des services publics à caractère industriel et commercial, le caractère de droit privé peut être considéré comme acquis. En second lieu, les conditions dans lesquelles le juge administratif reconnaît le caractère administratif du contrat paraissent plus restrictives dans la jurisprudence récente. Par un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Société Bioenerg* (n° 333375), le Conseil d'État, tout en rappelant le caractère de droit public du

---

<sup>74</sup> CE, avis, 16 mai 2001, *Mlle Sylvie Joly c/ Préfet de Haute-Garonne*, n° 229811 et *Mlle Sandrine Padroza c/ Préfet de Haute-Garonne*, n° 229810 ; *Gaz. Comm.* 30 juillet 2001, p. 67, concl. Fombeur ; *RDP*, 2001, p. 1513, note M. Canedo

<sup>75</sup> *JCP* 1996, II, 22577, note Haïm ; *RDP*, 1996, p. 569, concl. Fratacci.

<sup>76</sup> TC, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*, *Rec.* p. 787 ; *D.* 1963, p. 534, concl. Lasry, note Josse ; *JCP* 1963, II, 13375, note Auby ; *RDP* 1964, p. 767, note Fabre et Morin ; v. également CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, *Rec.* p. 69.

contrat conclu par une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique, a considéré que le contrat entre EDF et les producteurs d'électricité est de droit privé : en effet, nonobstant la participation à une mission de service public et l'éventuelle présence de clauses exorbitantes du droit commun, l'activité en cause est une « activité économique exercée par des entreprises privées ». En commentant cet arrêt, le Professeur Pacteau estime que la mise en œuvre de la notion de mandat « ne saurait donc qu'être modérée et assortie d'indices forts de véritable représentation »<sup>77</sup>. De façon plus radicale, le Professeur Philippe Terneyre a plaidé pour l'abandon de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*, pour trois raisons principales<sup>78</sup> : d'abord, les sociétés concessionnaires n'agissent pas pour le compte de l'État, mais à leurs risques et périls ; ensuite, ce n'est que pour des raisons d'opportunité que cette solution a été limitée aux autoroutes ; enfin, la notion « par nature », tout comme celle « ad hoc » ou « sui generis », est en soi-même fragile et ne constitue pas une bonne base pour fonder telle exception. La construction des autoroutes étant une compétence de l'État (art. L. 121- du code de la voirie), et non sa mission naturelle, les concessionnaires désignés après publicité et mise en concurrence ne seraient « en aucun cas des mandataires dociles de la collectivité publique ». L'éventuel abandon de cette jurisprudence conduirait à réaffirmer le critère organique et, de façon plus générale, à tracer plus nettement la frontière entre la nature de droit privé des contrats conclus par les personnes privées et celle de droit public des contrats conclus par les personnes publiques.

Il est possible conclure que les SPL devraient être le plus possible à l'abri de cette attraction vers le droit public, si le juge se montre respectueux de la volonté de changer les modalités de gestion de certaines activités. A la différence des associations, les SPL devraient bénéficier d'un statut plus sécurisé : du point de vue des contrats, cela devrait imposer l'application du principe de la nature de droit privé des contrats conclus entre personnes privées, même si dans cette espèce il est possible de contester que la nature de droit privé n'est que formelle. Seule la loi aurait pu contenir des précisions ultérieures dans tel sens, en imposant la nature administrative des contrats<sup>79</sup>.

## Section 2 – Les règles relatives aux personnels

L'un des éléments qui devraient constituer la souplesse et accroître l'intérêt du recours aux SPL est la soumission des personnels aux règles de droit privé (§1) ; en tout cas, s'agissant de structure à la marge du secteur public, la présence de spécificités dans la gestion des ressources humaines pourrait demeurer (§2).

---

<sup>77</sup> PACTEAU (B.), « Prudence quant à l'attraction du droit public de contrats entre personnes privées », *JCP A*, 2010, n° 49, 2359, p. 21-22.

<sup>78</sup> TERNEYRE (Ph.), note sous l'arrêt CE, 12 janvier 2011, *Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF)*, n° 331226, *RJEP*, 2011, n° 687, p. 38-40 ; l'auteur précise que la nature des biens en tant qu'ouvrages publics resterait inchangée en vertu soit de leur qualification de bien de retour soit de leur affectation à un service public (CE, 29 avril 2009, n° 323179, *Ep. Béliгаud* ; *RJEP* 2010, comm. 54, note Y. Gaudemet).

<sup>79</sup> v. art. L. 2331-1 CGPPP pour les contrats comportant occupation du domaine public accordés par les concessionnaires ; art. 1<sup>er</sup> de l'ord. n° 2009-864 du 15 juillet 2009 sur les concessions de travaux, qui les qualifie de contrats administratifs.

## §1 – Les règles applicables

A coté du principe de la soumission des agents des SPL au droit privé, des précisions peuvent être apportées en ce qui concerne les fonctionnaires (A) et les agents non titulaires (B) des actionnaires, éventuellement appelés à participer aux activités de la société.

### A. Les fonctionnaires

Les SPL ne sont pas destinées à embaucher des fonctionnaires, dès lors qu'elles sont des personnes morales de droit privé et elles ne rentrent pas dans les typologies prévues par l'article 2 de la loi du 26 janvier 1984<sup>80</sup>, c'est-à-dire les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Néanmoins, il est possible envisager les formes dans lesquelles les collectivités actionnaires pourront contribuer à la mise en place des SPL. Le statut de la fonction publique territoriale prévoit deux dispositifs pour permettre la mobilité des agents : la mise à disposition et le détachement.

La mise à disposition est définie par l'article 61 de la loi comme « la situation du fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'emplois ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce ses fonctions hors du service où il a vocation à servir ». Ce mécanisme est normalement mis en place à condition de recueillir l'accord de l'agent, d'informer l'assemblée délibérante de la collectivité d'origine et de prévoir un remboursement de la part de l'organisme d'accueil. La mise à disposition constitue généralement un moyen utile pour en EPCI nouvellement créé, dès lors qu'elle lui permet de se procurer les ressources humaines nécessaires. De ce point de vue, la création d'une SPL peut poser des problèmes de coordination avec un EPCI, dès lors que le passage d'agents de l'EPCI, le cas échéant provenant des collectivités territoriales qui le composent à la société, se révèle problématique. L'article 61-1 précise que la mise à disposition est possible auprès les « organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes ». Sous l'empire des règles antérieurement en vigueur, il a été précisé que la « mise à disposition d'agents publics auprès d'entreprises privées est prohibée »<sup>81</sup>, car elle aboutirait à une forme d'aides publiques aux entreprises selon des modalités irrégulières et censurées par le juge des comptes. L'actuelle rédaction de l'article 61-1 a en effet été introduite par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique. La législation précédente précisait que la mise à disposition n'était possible qu'auprès les personnes dont relevaient les agents régis par le statut. Le décret n° 85-1081 du 8 octobre 1985 relatif au régime de la mise à disposition, abrogé en 2008, précisait que la mise à disposition était possible, outre que dans les collectivités territoriales et leurs établissements, dans une association reconnue d'utilité publique ou une fondation, ainsi qu'un organisme à but non lucratif dont les activités favorisent ou complètent l'action des services publics locaux relevant de la collectivité ou de l'établissement d'origine, ou qui participe à l'exécution de ces services

<sup>80</sup> Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (Titre III du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales, JO 27 janvier 1984, p. 441).

<sup>81</sup> QE n° 06813, JO Sénat 3 avril 2003 p. 1104, réponse JO Sénat 22 janvier 2004, p. 174.

(article 2). Il serait possible de considérer les SPL comme des organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique des collectivités territoriales, mais à des conditions assez restrictives, dès lors que les agents ne peuvent collaborer qu'aux activités de service public, qui doivent elles-mêmes être identifiées au sein des SPL.

En ce qui concerne le détachement, il est défini par l'article 64 de la loi comme « la position du fonctionnaire placé hors de son cadre d'emploi, emploi ou corps d'origine mais continuant à bénéficier, dans ce corps, de ses droits à l'avancement et à la retraite ». L'article 2 du décret n° 86-68<sup>82</sup> précise les cas dans lesquels le détachement est possible : des hypothèses telles qu'une entreprise publique ou une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général sont susceptibles de couvrir la possibilité de détachement d'un agent d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public auprès d'une SPL. En outre, le dernier alinéa de l'article 64 de la loi du 26 janvier 1984 dispose que « le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement ». Par conséquent, un fonctionnaire détaché auprès d'une SPL est soumis au droit du travail comme les agents recrutés directement par la société, tout en conservant la double carrière au sein de l'administration d'origine. Le détachement offre un cadre juridique assez précis pour l'emploi de fonctionnaires, dès lors que la SPL est obligée à les rémunérer directement, mais il est subordonné à la demande du fonctionnaire.

Un autre type de problème peut se poser dans le cas où les collectivités locales décident de charger une SPL d'un service public auparavant assuré en régie, dans une démarche d'externalisation. Dans cette hypothèse là, il est possible que les personnels aient le statut de fonctionnaire : la SPL pouvant être chargée de toute activité d'intérêt général, elle pourrait également reprendre des activités de service public administratif. En cas de changement de mode de gestion, un fonctionnaire ne voit pas sa carrière modifiée, dès lors qu'elle se poursuit même s'il ne travaille plus, en réalité, dans la structure administrative. L'article 97, II de la loi du 26 janvier 1984 envisage le cas d'un emploi supprimé à la suite d'une délégation de service : le fonctionnaire peut se voir proposer une proposition de détachement auprès du bénéficiaire de cette délégation pour y occuper un emploi similaire à celui qu'il occupait au sein de ce service, d'une société concessionnaire ou fermière. En cas de refus de cette proposition, le fonctionnaire est pris en charge par le centre de gestion compétente et doit être licencié après deux refus d'offre d'emploi. Cette hypothèse pourrait être fréquente, si les collectivités locales décident d'utiliser la SPL comme un instrument de gestion des services publics séparé de l'ensemble de l'appareil administratif, mais elle pourrait poser problème en ce qui concerne la gestion des ressources humaines intéressées.

## **B. Les agents non titulaires**

En ce qui concerne le transfert des personnels non titulaires et sous contrats de droit public, l'article L. 1224-3-1 du code du travail, introduit par l'article 25 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique (JO 6 août 2009, p. 13116) dispose que la personne

---

<sup>82</sup> Décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, hors cardes, de disponibilité et de congés parentaux des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration (JO, 16 janvier 1986, p. 763)

morale de droit privé (ou organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial) qui reprend l'activité, telle une SPL, doit proposer des contrats de droit privé contenant les clauses substantielles des précédents contrats, en particulier celles relatives à la rémunération. En cas de refus d'accepter le nouveau contrat, ce dernier prend fin de plein droit et les agents doivent être licenciés selon les règles concernant les agents publics non titulaires. Avant la loi de 2009, les agents non titulaires n'avaient pas droit à l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, aux termes duquel les contrats de travail en cours au jour de la modification dans la situation juridique de l'employeur (succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société) doivent subsister entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. En outre, dans son arrêt du 17 octobre 1984, *Premier ministre c/ Judlin* (Rec. p. 332), le Conseil d'État a jugé que l'administration est en droit de mettre fin au contrat d'un agent contractuel, « outre le cas de licenciement par mesure disciplinaire ou pour insuffisance professionnelle, pour des motifs tirés de l'intérêt du service ». L'article L. 1224-1 du code du travail s'applique également pour les agents soumis à un statut de droit privé, originellement affectés à un service public industriel et commercial, pour lesquels le contrat est maintenu dans les mêmes termes. Cette hypothèse est notamment possible en cas de transfert des activités d'un EPIC à une SPL. L'existence de la SPL permet aux collectivités territoriales d'éviter l'obligation de proposer des contrats de droit public en cas de reprise en régie d'un service public administratif, comme il est prévu par l'article L. 1224-3 du code du travail : dans la pratique, une collectivité territoriale désireuse de reprendre le contrôle sur une activité qui n'était pas gérée par ses propres services, a la possibilité d'opérer un transfert des agents directement à une SPL, en continuant à bénéficier du régime de droit privé. Cet avantage pourrait, par exemple, pousser les collectivités à créer des sociétés pour les activités gérées par des associations, afin de stabiliser des situations parfois incertaines. La solution posée par l'arrêt du 22 octobre 2004, *Lamblin*<sup>83</sup> a en effet été dépassée à partir de la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire de la fonction publique, qui a substitué le contrat de droit public à la possibilité de maintenir le précédent contrat de droit privé, lors de la reprise d'un service public administratif par une personne publique. L'enjeu de la SPL est par conséquent double : remplacer par des contrats de droit privé la situation statutaire des agents provenant des collectivités territoriales et maintenir les contrats de droit privé pour les agents qui étaient déjà soumis à un tel régime, sans nécessité de leur proposer un contrat de droit public.

## §2 – Les agents employés dans les SPL

Même en cas de soumission au droit privé, des règles particulières sont traditionnellement prévues pour le directeur ou le comptable (A) ; pour les SPL, des règles générales peuvent être déterminées pour l'ensemble des personnels (B).

---

<sup>83</sup> CE, Sect., 22 oct. 2004, *Lamblin*; *RFDA* 2005, p. 187, concl. contraires Glaser ; *Rev. Lamy des coll. terr.* 2005, n° 1, p. 22, note E. Glaser ; *Droit administratif* 2005, comm. 20; *JCP A* 2004, 1778; *JCP G* 2004, II, 10200, D. Jean-Pierre ; *AJDA* 2004, p. 2153, chron. C. Landais et F. Lenica

## A. La situation du directeur et du comptable

Selon la jurisprudence *Jalenques de Labeau*<sup>84</sup>, dans les EPIC le droit public et la compétence administrative sont réservés à l'agent exerçant la direction de l'ensemble des services de l'établissement et au chef de la comptabilité ayant la qualité de comptable public, sauf exception législative. Les fonctions de directeur des SPIC et de leur chef de la comptabilité ayant la qualité de comptable public ont par conséquent retenu l'attention, dès lors que la jurisprudence considère qu'un régime particulier leur est applicable. Dans un arrêt du 15 mai 2003, *CCI Nîmes-Uzès-Bagnoles-Le Vigan*, (n° 245628), le Conseil d'État a jugé, par exemple, que le transfert du directeur d'un service, dont une Chambre de commerce et de l'industrie était concessionnaire, au profit d'une commune relevait de la compétence du juge administratif nonobstant le caractère industriel et commercial de l'activité. Au-delà de ce cas de figure particulier, même la collaboration à l'exécution d'un service public n'est pas suffisante pour les autres agents pour être soumis à un statut de droit public, dès lors que l'employeur est une personne de droit privé, comme le Conseil d'État a rappelé dans un arrêt du 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des Affaires culturelles* (n° 141728). Pour les SPL, ces spécificités ne devraient plus avoir lieu d'être maintenues. D'abord, aux termes de l'article 1 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962, la comptabilité publique n'est applicable qu'à l'État et aux établissements publics nationaux, ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics. En ce qui concerne le directeur du service, dans le cadre des SPL il doit être un salarié de la société ou éventuellement un agent détaché ou mis à disposition. En particulier, pour les sociétés dotées d'un directeur général, si cette fonction n'est pas cumulée avec celle de président, il faut considérer qu'il ne devra pas être choisi parmi les élus chargés de représenter la collectivité au sein de la société et qu'il ne bénéficiera pas du particulier régime d'incompatibilité de l'article L. 1524-5 CGCT. Ces deux hypothèses montrent une autre spécificité par rapport aux modalités traditionnelles d'organisation des services publics, qui peuvent être l'un des facteurs de succès de ces nouveaux instruments.

## B. Les modalités de recrutement

La conclusion de contrats de travail constitue une exception pour les agents des collectivités territoriales. En effet, en renvoyant au statut général de la fonction publique de l'État, la loi du 26 janvier 1984 limite la possibilité de recrutement d'agents contractuels aux cas où les fonctions ne peuvent pas être assurées par aucun corps de fonctionnaires. En outre, dans les collectivités territoriales le recrutement d'agents contractuels est possible pour le remplacement momentané de titulaires, pour la satisfaction d'un besoin saisonnier ou, dans les communes plus petites, pour le recrutement d'agents à temps partiel. La fonction publique est en effet régie par le principe du concours, qui se veut garant du respect du principe d'égalité et de la possibilité d'accès aux fonctions publiques. Ce principe est considéré comme l'un des fondements de la garantie d'impartialité et d'efficacité de l'administration, mais il constitue au même temps une contrainte pour les personnes publiques en tant qu'employeurs. En effet, par exemple, les collectivités territoriales doivent

---

<sup>84</sup> CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*; Rec. CE 1957, p. 157; D. 1957, jurispr. p. 378, concl. C. Mosset, note A. de Laubadère; *AJDA* 1957, II, p. 184, chron. J. Fournier et G. Braibant; *JCP G* 1957, II, 9987, note J. Dufau

suivre un procédé en deux temps pour le recrutement de leurs agents : d'abord, l'assemblée de la collectivité délibère sur la création de l'emploi, en raison de sa compétence en matière d'organisation des services et de contrôle des crédits ; ensuite, l'agent est nommé dans l'emploi par l'exécutif de la collectivité. En outre, aux termes de la loi du 26 janvier 1984, la durée des contrats ne peut excéder trois ans pour un contrat à temps déterminé (CDD), qui peut être reconduit une fois pour une durée maximale de six ans. A l'issue de cette période, l'agent et l'administration ne peuvent conclure qu'un contrat à temps indéterminé (CDI).

L'ensemble de ces règles a paru trop restrictif pour des interventions qui se veulent efficaces et rapides. En effet, les personnes publiques, alors qu'elles agissent pour les mêmes activités que leurs délégataires privés, souhaitent intervenir sans ces contraintes d'un point de vue des personnels. Sans arriver à la création de sociétés dédiées comme les SPL, cette solution était déjà possible dans la gestion des services publics à caractère industriel et commercial. Le recours à des sociétés peut présenter un intérêt, mais il contient également des risques. En effet, la réduction des crédits à disposition des personnes publiques pour la gestion des personnels peut pousser à l'externalisation vers des structures comme les SPL, mais des problèmes peuvent se poser en termes de coûts et de relations avec les partenaires sociaux. En effet, les sociétés ne devront pas avoir des charges de personnels trop lourds, parce que cela risquerait d'entraver leur viabilité économique. D'un autre côté, le transfert massif de personnel vers les SPL ou le recrutement d'agents de droit privé pourrait faire surgir des contestations, dès lors qu'ils seraient soumis à des règles considérées comme moins protectrices. Ce constat est d'autant plus nécessaire que les dispositions de l'article 33 du statut de la fonction publique territoriale du 26 janvier 1984 relatif aux comités techniques paritaires (CTP) sont applicables dans le cas d'une SPL. Cet article dispose en effet que les CTP doivent être consultés pour avis sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services, ainsi qu'aux évolutions des administrations ayant un impact sur les personnels. Dès lors que la création d'une SPL doit nécessairement comporter des décisions sur la gestion des personnels qui, par exemple, étaient affectés à la gestion du service dans le cas d'une gestion en régie, la consultation du comité devra être l'occasion pour vérifier la compatibilité du projet de création de la société avec la gestion des ressources humaines nécessaires.

## Conclusion de la première partie

Les sociétés publiques locales s'insèrent dans un cadre institutionnel qui est déjà complexe et qui exige une grande capacité de coordination de la part des collectivités territoriales. Ces dernières ne devraient pas créer des SPL dans le seul but de profiter de l'exception aux règles de publicité et mise en concurrence, mais elles devraient se servir de cet instrument pour rationaliser leurs modalités d'intervention, tant sur le plan de la coopération que sur celui de l'intervention directe. D'abord, la création d'une SPL doit être intégrée dans les mutations qui intéresseront la carte administrative de la France en conséquence de la réforme de 2010 : il faut éviter de créer une SPL, lorsque la compétence pour les activités qui lui sont confiées n'a pas été précisée en amont. Ensuite, les collectivités territoriales pourront continuer à utiliser l'ensemble des modalités de gestion de leurs services publics dont elles disposent actuellement : la société publique locale pourra servir tant pour rendre encore plus autonomes les activités gérées en régie, que pour reprendre les activités déléguées à un tiers. Il est possible de prévoir qu'aucune modalité (établissement public, société d'économie mixte locale, société publique locale, association, délégation) n'est destinée à prévaloir sur les autres à moyen terme : en effet, d'un côté, l'utilisation d'une société publique locale n'entraîne pas en elle-même des conséquences complètement inconnues aux collectivités publiques en termes d'application des règles de droit privé, qui est fréquente dans le cas des EPIC et des associations. En revanche, d'un autre côté, la proximité de ces sociétés avec les appareils administratifs classiques conduit à maintenir des spécificités et à imposer des précautions supplémentaires.

Le souhait qu'il convient de formuler est que chaque entité soit dotée d'une activité suffisante pour pouvoir survivre d'un point de vue financier et que les compétences soient réparties de façon rationnelle, selon les conditions qui sont imposées par la jurisprudence de la Cour de justice, lorsque les collectivités territoriales prétendent faire jouer l'exception de la quasi-régie, et plus généralement par les dispositions législatives et les solutions jurisprudentielles applicables aux relations entre les collectivités territoriales et les opérateurs de ce type.

**SECONDE PARTIE**

**LES LIMITES**

**ET LES CONDITIONS DU SUCCÈS**

**DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES**

Les SPL se veulent conformes au modèle décrit par la jurisprudence *Teckal* : cette reconnaissance n'est pas automatique, mais subordonnée au respect des critères posés par la Cour de justice. S'il faut d'abord s'interroger sur les contrôles qui pèsent sur ces sociétés (Chapitre 1), il est ensuite possible d'analyser le respect du critère de l'activité captive sous l'angle des modalités de financement de ces sociétés et, au final, des conditions de leur viabilité économique (Chapitre 2)

# Chapitre 1 – Les contrôles

La présence de liens étroits répond au critère du contrôle analogue posé par la jurisprudence de la Cour (Section 1), mais elle correspond, au même temps, à des mécanismes prévus en droit interne (Section 2).

## Section 1 – L'exigence du contrôle analogue

Le législateur de 2010 s'est exclusivement occupé de la composition du capital des SPL, pour faire face aux difficultés liées à la composition mixte du capital des SEML. Il s'agit de l'aspect le moins controversé dans la jurisprudence de la Cour (§ 1), alors que les autres instruments d'exercice du contrôle posent les problèmes les plus délicats et se révèlent, au final, déterminants aux fins de l'application de l'exception *Teckal* (§ 2).

### §1 - La composition du capital

La jurisprudence de la Cour de justice a progressivement précisé l'exigence de la propriété entièrement publique des capitaux des quasi-régies (A). Ces dernières peuvent être concurrencées par des entités mixtes, qui permettent d'associer des capitaux publics et privés dans des conditions particulières (B).

#### A. Le principe des capitaux entièrement publics

La CJCE a précisé dans son arrêt *Carbotermo* (point 37) que la détention de la totalité du capital d'une société adjudicataire par un pouvoir adjudicateur, seul ou avec d'autres pouvoirs publics, est un élément nécessaire mais pas suffisant pour l'existence du contrôle analogue au sens de l'arrêt *Teckal*. Même si la composition du capital est appréciée au moment de la conclusion du contrat, comme il apparaît dans l'arrêt *Stadt Halle*, la Cour exerce en outre un contrôle assez strict des montages qui font apparaître un capital entièrement public au moment de la conclusion du contrat dans le seul but d'éviter l'application des directives : dans son arrêt *Commission c. Autriche*, elle a en effet censuré une procédure dans laquelle apparaissait qu'il y avait eu passation d'un contrat sans mise en concurrence au motif que l'entité bénéficiait de l'exception *Teckal*, sauf à ouvrir le capital de la société à un partenaire privé avant le démarrage des activités prévues par le contrat. Dans l'arrêt *Parking Brixen*, l'ouverture à court terme du capital à des actionnaires privés constitue, entre autres, un indice de l'absence de contrôle analogue. Au contraire, dans l'arrêt *Sea srl*, l'ouverture du capital à des investisseurs privés n'empêche l'application de l'exception *Teckal* que si elle s'inscrit dans une perspective concrète et à court terme : au nom de la sécurité juridique, qu'elle avait déjà mis en avant dans l'arrêt *Commission c. Italie*, la Cour considère qu'il n'est pas possible de remettre en permanence en discussion la passation des contrats avec des quasi-régies du seul fait qu'une ouverture du capital serait envisageable de façon purement théorique.

En ce qui concerne cet aspect, la loi de 2010 semble satisfaisante dans son principe, mais peut ouvrir la voie à une certaine insécurité. En effet, le premier alinéa du nouvel article L. 1531-1 CGCT dispose que le capital est entièrement détenu par une ou plusieurs collectivités territoriales ou leurs groupements. Le partage entre

les différents personnes publiques est libre : à la différence de ce qu'il est prévu pour les sociétés publiques locales d'aménagement (art. L. 327-1 al. 2 C. urb.), pour les SPL il n'est pas fait obligation à une collectivité de détenir au moins la majorité des droits de vote. Le législateur a donc voulu exclure les établissements publics, les groupements d'intérêt public et les syndicats mixtes, ainsi que l'État, de l'actionnariat des SPL. Ce dernier élément en particulier devrait permettre de mieux identifier le contrôle analogue sur la société, mais il faut considérer que sur ce point la prudence s'impose : même si dans l'arrêt *Asemfo* la participation quasi totalitaire de l'État n'a pas empêché à la Cour de justice d'admettre l'existence du contrôle par les communautés autonomes, cette solution dépendait largement des circonstances de l'espèce, qui permettaient d'identifier un strict encadrement de l'entité considérée par des dispositions législatives et réglementaires (*v. supra*, p. 15).

Nonobstant la prévision de l'article L. 1531-1, les autres règles applicables à la cession des actions sont contenues dans le renvoi aux dispositions relatives aux SEML et aux sociétés commerciales de droit privé<sup>85</sup>. Deux difficultés peuvent être relevées de ce point de vue : d'abord, il apparaît problématique admettre dans le cas des SPL la possibilité pour les salariés de souscrire des actions de la société, comme il est prévu par l'article L. 225-177 du code de commerce. Cette possibilité semble difficilement conciliable avec la nature des SPL, qui diffèrent des sociétés anonymes en raison de leur soumission aux personnes publiques actionnaires. Ensuite, l'article L. 1522-1 CGCT admet la possibilité pour les collectivités territoriales et étrangères de prendre des participations dans le capital des SEML. Cette hypothèse apparaît de difficile application dans le cadre des SPL, parce qu'elle permettrait difficilement de remplir les deux conditions posées par l'article L. 1531-1, même si elle ne saurait être exclue d'un point de vue textuel : l'article L.1522-1 assimile la participation des collectivités étrangères à la part de capital détenue par les collectivités territoriales françaises. Il s'agit d'une hypothèse limitée à certaines activités dans lesquelles la coopération transfrontalière pourrait intervenir sans préjuger le lien étroit entre la collectivité territoriale et l'entité *in house*.

En ce qui concerne les règles applicables aux cessions de capital, l'article L. 1524-1 CGCT dispose que, en cas de modification de la composition du capital, une délibération de l'assemblée d'une collectivité territoriale doit intervenir préalablement à l'accord de son représentant dans les organes de la société, à peine de nullité. Cette forme de contrôle de la part de la collectivité actionnaire pourrait constituer un élément de garantie pour le maintien du capital public, mais des règles supplémentaires devraient être contenues dans les statuts de la société. La prise de participations par des actionnaires privées correspondrait au changement de la forme de la société, qui deviendrait une SEML ou une société anonyme de droit commun et perdrait tout droit aux contrats conclus sans publicité et mise en concurrence, ainsi que le caractère d'opérateur *in house*. En vertu du parallélisme des compétences, la collectivité territoriale devrait adopter une délibération, comme

---

<sup>85</sup> Dans un avis du 10 novembre 1993, la Section de l'intérieur du Conseil d'État a énoncé que « le transfert de la propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé ne peut être effectué qu'en vertu d'une loi en posant les règles, conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution ». Les règles des lois de privatisation de 1986 sont applicables aux SEML comme aux autres entreprises du secteur public, en absence de dispositions contraires.

dans le cas de la création de la société, se prononçant sur la forme sociale et les statuts. Dans cette hypothèse, la Cour de justice a précisé que l'ouverture du capital pendant la durée de validité du contrat attribué sans mise en concurrence constitue un changement d'une condition fondamentale du contrat qui nécessiterait une mise en concurrence (arrêt *Sea srl*, point 53). En outre, toute disposition statutaire laissant ouverte la possibilité concrète d'ouverture du capital conduirait également à écarter l'application de la jurisprudence *Teckal*. Il peut en aller autrement si le partenaire privé est choisi selon une procédure concurrentielle.

## **B. La présence de capitaux mixtes dans le cadre d'un PPPI**

Selon la définition donnée par la Commission européenne dans une communication interprétative du 5 février 2008, les partenariats publics privés institutionnalisés (PPPI) sont une « forme de coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions »<sup>86</sup>. Ils se situent à mi-chemin entre les quasi-régies et les sociétés mixtes : constitués de capitaux publics et privés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent contracter avec eux sans publicité et mise en concurrence au stade de la passation, dès lors que le partenaire privé a été choisi selon une procédure concurrentielle et transparente. S'ils rencontrent la faveur du droit européen, leur transposition en droit français apparaît plus problématique (v. *infra*, p. 70).

Les PPPI participent, en partie, à l'« idéologie partenariale »<sup>87</sup> qui gouverne l'action publique, et qui conduit à rechercher des moyens négociés pour l'intervention des personnes publiques, mais ils constituent également un cadre spécifique pour la collaboration entre personnes publiques et privées : il s'agit d'une formalisation de l'ensemble de leurs relations en vue de la constitution d'une entité opérationnelle commune. En effet, l'idée à la base des PPPI est la difficulté pour les pouvoirs adjudicateurs de s'associer à des partenaires privés, si ces derniers doivent se soumettre à une double procédure, qui consisterait à être d'abord choisi pour participer au partenariat et à obtenir ensuite l'attribution du marché public ou de la concession dans le cadre de l'entité mixte. Pour pouvoir accomplir les deux passages au même temps, tout en garantissant le respect des principes d'égalité et non discrimination et des libertés fondamentales, la solution proposée par la Commission consiste à offrir une information complète à l'ensemble des partenaires potentiellement intéressés dès le début de la procédure. D'abord, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice devrait publier les critères de sélection et d'attribution et respecter les règles de procédure et les exigences fondamentales fixées initialement. Compte tenu de la spécificité des PPPI, qui consiste dans le choix d'un véritable partenaire, les capacités personnelles peuvent être prises en compte, mais les différents éléments (situation personnelle du candidat, capacité économique et financière, capacité technique et/ou professionnelle) doivent faire l'objet de précisions particulières dans l'appel d'offres. Ensuite, la Commission a souligné que les autres éléments qui pourraient caractériser la gestion du PPPI doivent être également

---

<sup>86</sup> Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privés institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008, C(2007)661 ; *Dr. adm.*, 2008, n° 4, alerte 19, R. Nougellou ; *LPA*, 2010, n° 171, p. 6, note G. Pierens.

<sup>87</sup> GAUDEMET (Y.), « Les partenariats public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », *D.*, 2007, n° 44, p. 3084-3089.

définis dès le stade du choix du partenaire. En particulier, les informations de l'avis de marché ne doivent pas se limiter au contrat qui sera attribué à l'entité ainsi créée, à sa durée et à la possibilité de son renouvellement ou modification : il doit également contenir les statuts et le pacte d'actionnaires de l'entité, ainsi que le type de relations entre le pouvoir adjudicateur, le partenaire privé et l'entité mixte. Toute modification des termes essentiels du contrat doit être prévue à l'avance, afin de concilier la nécessité d'adaptation de ces entités mixtes à la situation économique et le respect d'une concurrence non faussée, sauf situations exceptionnelles : en absence de cette information préalable, la Commission a indiqué que la modification entraînerait une nouvelle procédure de mise en concurrence. L'encadrement voulu par la Commission semble particulièrement contraignant, en particulier en ce qui concerne la vie de l'entité mixte après sa constitution : en effet, pour garantir le respect de la transparence et la non discrimination, la Commission a limité ses possibilités de développement. Cela participe de la logique de la jurisprudence *Teckal*, après laquelle l'attribution de contrats sans procédure de publicité et mise en concurrence ne doit revenir à fausser la concurrence sur un marché. La volonté des partenaires privés d'obtenir l'attribution du contrat devrait donc prévaloir sur celle de pouvoir modifier leurs modalités d'intervention, comme il leur serait possible dans le cas d'une simple gestion déléguée, qui permet au délégataire d'avoir un contrôle complet sur les coûts et sur les conditions d'exploitation. Néanmoins, les PPPI constituent à l'heure actuelle la seule possibilité, conforme au droit européen, pour une collaboration entre personnes publiques et personnes privées : les SEM se sont en effet révélées peu satisfaisantes sous ce point de vue, dès lors qu'elles ne permettaient pas un véritable engagement des partenaires privées, en raison de leur faible (ou en tout cas minoritaire) participation au capital. Les SPL pourraient constituer une étape vers la constitution d'entités mixtes de ce type : la Commission a en effet considéré que la mise en place d'un PPPI se traduit habituellement soit par la création d'une nouvelle entreprise, soit par la « participation d'un partenaire privé à une entreprise publique déjà existante qui exécute des marchés publics ou des concessions obtenus par le passé dans le cadre d'une relation *in house* ».

La Commission rappelait dans sa communication qu'il appartient en dernier ressort à la Cour de justice d'interpréter le droit communautaire : la réponse de cette dernière n'a pas tardé, dès lors que par son arrêt *Acoset SpA* du 15 octobre 2009 elle est venue pallier l'absence de réglementation spécifique aux PPPI, en réconfortant leur compatibilité avec le droit européen. Dans cet arrêt la Cour avait précisément à examiner la procédure d'appel d'offres en vue de la sélection de l'associé privé minoritaire dans la société attributaire du service intégré de l'eau. Elle a suivi les conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer qui, tout en rappelant qu'« il ne faut pas ériger le pragmatisme, aspiration logique de tout système ordonné, en fondement exclusif d'un raisonnement juridique », avait suivi à son tour la même démarche de la Commission : l'information préalable est considérée comme la condition nécessaire pour admettre la compatibilité de cet « expédient » avec le droit communautaire. Enfin, les PPPI ont reçu aussi l'approbation de la Cour de justice, qui ne les considère pas dangereux pour la libre concurrence dans le marché intérieur.

## §2 – Les règles d'organisation et de fonctionnement

Les juges administratif et européen ont effectué une analyse concrète de l'existence d'un contrôle analogue (A) ; dans l'attente d'un encadrement jurisprudentiel spécifique aux SPL, des indices sur le contrôle effectué sur ces sociétés peuvent être recherchés dans le statut des SEML (B).

### A. L'analyse de la jurisprudence

Un premier indice de l'existence de relations *in house* peut venir de la formulation même des textes qui régissent ces entités, notamment lorsque les lois ou les règlements reprennent les critères de la jurisprudence de la Cour de justice. Par exemple, dans les arrêts *ANAV* et *Sea srl* la Cour a analysé la législation italienne, qui reprenait textuellement les deux conditions de l'arrêt *Teckal*, et a considéré qu'« une telle législation nationale est en principe conforme au droit communautaire, étant précisé que l'interprétation de cette législation doit également être conforme aux exigences du droit communautaire ». Il convient de formuler les mêmes observations en ce qui concerne la loi du 28 mai 2010. En effet, en codifiant aux articles L. 1531-1 CGCT les deux critères *Teckal*, l'objectif affiché par la loi de 2010 est exactement celui d'être conforme aux exigences européennes.

Quand la Cour a été amenée à reconnaître que les exigences posées par l'arrêt *Teckal* étaient effectivement réunies, elle a toujours examiné les autres dispositions applicables en espèce qui permettaient de décrire les contours du contrôle des actionnaires sur l'entité adjudicataire. En effet, même si la Cour de justice a admis l'applicabilité de l'exception *Teckal* aux sociétés par actions dans l'arrêt *ANAV*, elle a précisé que les pouvoirs dérivant du droit des sociétés ne suffisent pas à caractériser un contrôle analogue, dès lors qu'ils ne se différencient en rien de ceux d'un actionnaire majoritaire ou unique d'une société de droit privé (v., par ex., arrêt *Carbotermo*, point 38). En effet, le contrôle analogue a été exclu quand les statuts des entités attribuaient aux organes dirigeants les pouvoirs les plus étendus de gestion ordinaire et extraordinaire, en excluant tout contrôle des pouvoirs adjudicateurs ou la possibilité pour ces derniers d'en restreindre la liberté. Outre qu'analogue, le contrôle doit être le plus possible direct : en effet, le secteur parapublic peut se caractériser par la présence de plusieurs sociétés liées par des relations de contrôle ou de filialisation. La Cour de justice a analysé l'hypothèse de la présence de sociétés *holding*, dès lors que la relation *in house* est recherchée entre un pouvoir adjudicateur et une filiale de cette dernière : il est évident que, dans cette espèce, il est plus difficile d'identifier le contrôle analogue. Il faudrait procéder à de tels montages avec une certaine prudence, dès lors que la prolifération de structures sociétaires imbriquées entre elles peut nuire à la viabilité globale des interventions publiques à travers ces sociétés, même si une telle organisation est parfois recherchée pour des raisons liées à la réglementation fiscale ou des sociétés commerciales.

En revanche, comme la Cour l'a relevé dans l'arrêt *Sea srl*, l'existence de structures ultérieures à l'intérieur de la société peut démontrer l'existence d'un contrôle analogue. En espèce, les statuts prévoyaient des comités techniques pour chaque secteur d'activité et un comité unique, composés de représentants des associés et avec larges pouvoirs de contrôle et de décision. En outre, les pouvoirs des organes traditionnels des sociétés

commerciales, le conseil d'administration et l'assemblée générale, étaient fortement limités par ceux deux comités. Le conseil d'administration était même subordonné aux instructions des comités, dont il devait respecter les pouvoirs réservés. Conformément aux exigences posées par l'arrêt *Parking Brixen*, la Cour a relevé que la commune exerçait sur l'entité une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société ». La Cour a suivi la même démarche dans l'arrêt *Commission c. Italie* de 2008 : pour conclure à la présence du contrôle analogue de la commune de Mantoue sur une société de services informatiques, la Cour a constaté que les membres des organes de direction étaient nommés par la commune, les frais de fonctionnement étaient fixés par le conseil municipal et que la commune avait la possibilité de procéder à de nombreuses vérifications, à travers le contrôle de la comptabilité de la société et la désignation d'un fonctionnaire communal chargé d'en orienter et contrôler l'action.

A partir de la jurisprudence *Ville d'Aix-en-Provence*, la même démarche a été suivie par le juge administratif, lorsqu'il a vérifié l'existence d'un contrôle pour appliquer la jurisprudence sur les prestations intégrées. Il a en premier chef relevé le mode de nomination des organes dirigeants et leurs pouvoirs, notamment en termes de définition du règlement intérieur, de vote du budget et de fixation des règles d'organisation et de fonctionnement de l'entité. La fixation des tarifs des interventions au profit de la collectivité territoriale est également un élément pris en considération, lorsque l'entité contrôlée n'a pas le pouvoir de les négocier librement et la rémunération correspond au strict remboursement de la prestation fournie (TA Pau, 14 octobre 2008, *Commune d'Ilharre* et TA Pau, 6 janvier 2009, *Commune de Lahontan*). Dans l'arrêt du 30 juin 2009, *Ville de Paris*, la Cour administrative d'appel de Paris a repris les conditions énoncées par la jurisprudence de la Cour de justice et a utilisé également l'objet statutaire de l'OPAC pour justifier la relation des prestations intégrées. L'ensemble de ces éléments doivent être pris en considération dans les relations entre les SPL et leurs actionnaires : de ce point de vue, la formulation des statuts a une importance déterminante, mais elle peut être source d'insécurité juridique, dès lors que l'appréciation est faite au cas par cas. En revanche, des éléments du statut législatif des sociétés d'économie mixte peuvent concourir à déterminer l'étendue du contrôle des actionnaires sur les SPL.

## **B. Les dispositions législatives applicables**

Les SPL vont disposer des organes classiques des sociétés anonymes : à côté de l'assemblée générale, pour la gestion de la société les collectivités actionnaires ont la possibilité de choisir entre un conseil d'administration (art. L. 225-17 à 56 du code de commerce) et un conseil de surveillance, assisté par un directoire (art. L. 225-57 à 93).

Les règles relatives aux SEML prévoient plusieurs hypothèses de contrôle de la part des assemblées délibérantes des collectivités actionnaires sur l'action de ces organes. D'abord, le troisième alinéa de l'article L. 1524-1 CGCT dispose que l'assemblée doit se prononcer préalablement à l'accord de son représentant au sein des organes de la société sur la modification de l'objet social ou des structures des organes dirigeants, à

peine de nullité. Il s'agit du même procédé prévu pour la modification du capital (v. *supra*, p. 48). En outre, l'accord préalable des collectivités territoriales est prévu pour toute prise de participation de la part de la SPL dans le capital d'une société commerciale (v. *infra*, p. 69). Enfin, l'article L. 1524-5 al. 14 prévoit l'examen par les organes délibérants des collectivités d'un rapport annuel préparé par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, qui porte notamment sur les modifications des statuts.

En ce qui concerne la représentation des collectivités territoriales au sein de la société, l'article L. 1524-5 CGCT dispose que tout actionnaire « a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée ». Il est également précisé que la répartition des sièges au sein du conseil d'administration ou de surveillance est faite dans les statuts, proportionnellement au capital détenu. Des problèmes peuvent surgir en ce qui concerne le nombre des sièges à l'intérieur du conseil : en effet, l'article L. 225-17 pour le conseil d'administration et l'article L. 225-69 pour le conseil de surveillance imposent un nombre minimum de trois membres et un nombre maximum de dix-huit membres. Du point de vue du seuil minimal, il a été souligné par le Professeur Claude Devès<sup>88</sup> que la possibilité pour les SPL de n'avoir que deux actionnaires peut poser problème dans la désignation du troisième membre au conseil d'administration : en réalité, cette éventualité ne devrait se présenter qu'en cas de parfaite égalité dans la répartition du capital. Les statuts devraient prévoir un nombre supérieur à trois de conseillers, repartis entre les deux associés. Le problème qui pourrait se poser dans tel cas est, théoriquement, un blocage du fonctionnement de la société en raison de l'impossibilité de prendre des décisions à la majorité. Il s'agit de l'une des raisons pour lesquelles il est souhaitable que plusieurs collectivités s'associent dans une SPL, selon des participations actionnaires qui reflètent leur capacité financière et leur degré d'investissement dans la société. Le problème opposé du plafond de dix-huit membres du conseil d'administration ou de surveillance est abordé directement par le troisième alinéa de l'article L. 1524-5 CGCT : il permet de créer des assemblées spéciales dans lesquelles peuvent se réunir les actionnaires qui ne détiennent pas une partie de capital suffisante pour obtenir un siège dans l'organe dirigeant de la société. Un siège au moins du conseil est réservé à un ou plusieurs représentants de l'assemblée spéciale, désigné parmi les élus des collectivités ou des groupements faisant partie de l'assemblée spéciale. Ce mécanisme pourrait être apprécié à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice sur le contrôle analogue, mais il n'en reste pas moins que les espèces analysées dans les arrêts *Coditel* et *Asemfo* étaient caractérisées par des régimes spécifiques : l'assemblée spéciale prévue à l'article L. 1524-5 CGCT participe de la logique sociétaire des SEM et des SPL et permet un contrôle assez indirect de la part des collectivités minoritaires. Il est également vrai que dans l'arrêt *Sea srl* la Cour a répondu au problème spécifique des collectivités de modestes dimensions, qui ne peuvent que détenir des participations minoritaires, et a considéré qu'une relation de type *in house* est néanmoins possible. En tout cas, les statuts devront prévoir un équilibre entre la nécessité d'accroître le nombre de collectivités au sein de la société, qui

---

<sup>88</sup> DEVES (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*, 2010, n° 28, p. 16-22.

peut mieux garantir sa viabilité économique, avec la possibilité pour chacune de participer aux décisions au sein de ses organes.

## **Section 2 – Les contrôles sur le fonctionnement de la société**

Les SPL peuvent subir deux types de contrôles, qui les conduisent à garder leurs liens étroits avec le secteur public : d'une part, elles sont soumises à la volonté des collectivités actionnaires de déterminer les choix de la société (§1) ; d'autre part, les traditionnels contrôles de légalité et comptable sont exercés sur leur fonctionnement (§2).

### **§1 – La détermination des choix de la société**

Les collectivités agissent au sein des sociétés dont elles sont actionnaires à travers des élus mandataires : si leur statut révélait déjà dans le cadre des SEML le degré d'intégration poussée avec la personne publique (A), des contrôles supplémentaires permettent d'éviter les dérives dans l'utilisation de ces instruments (B).

#### **A. Le statut des représentants des collectivités**

La position des représentants des collectivités actionnaires et l'évolution législative qui a concerné leur statut montre bien l'ambiguïté de la gestion des services publics locaux à travers des sociétés régies par le code de commerce. La jurisprudence a encadré la marge de manœuvre des élus représentants dans les organes dirigeants, dès lors que, nonobstant leur proximité avec les collectivités publiques, ces structures sont des véritables entreprises et l'exercice des activités économiques qui leur sont confiées peut être source d'incompatibilités. Ce problème se posait de façon plus pertinente dans le cadre des SEML, en raison de la présence d'actionnaires privés et du risque de conflits d'intérêts. Néanmoins, les mêmes principes doivent être appliqués dans le cadre des SPL, dès lors que les élus chargés de représenter leur collectivité dans les organes dirigeant de la société se trouvent dans une situation particulière, caractérisée par le droit privé, et ont la possibilité d'agir selon des procédés qui ne sont pas permis par le droit public. En outre, il faut préciser que l'intervention de la loi n° 2002-1 a permis de clarifier le régime d'incompatibilités pour les élus mandataires dans une SEM : cet aspect revêt une importance particulière pour les SPL, dès lors que la composition des organes dirigeants par des représentants des collectivités actionnaires est l'un des éléments constamment pris en compte pour admettre la présence des prestations intégrées. Il est donc opportun que les représentants des collectivités dans la société s'insèrent dans le cadre législatif prévu, afin de satisfaire le double objectif de respecter le régime des incompatibilités et permettre d'identifier le lien entre la collectivité et la SPL.

Le problème se pose dès lors que les articles L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral interdisent aux entrepreneurs de services publics locaux respectivement au niveau des communes, des départements et des régions d'être élus dans les assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Le neuvième alinéa de l'article L. 1524-5 CGCT dispose expressément que « les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de

surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant, à l'exclusion de toute autre fonction dans la société, les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une société d'économie mixte locale » échappent à cette incompatibilité. En revanche, la transposition aux SPL des dispositions relatives à l'illégalité des délibérations des assemblées délibérantes prises par des membres ayant intérêt à l'affaire semble moins pertinente : pour les SEML, l'article L. 1524-5 dispose que les mandataires ne sont pas considérés comme des intéressés, mais ils ne peuvent pas prendre partie aux procédures de passation d'un marché public ou d'une DSP en cas de candidature de la société. Pour les SPL répondant aux critères *Teckal* tel problème n'a pas lieu de se poser, compte tenu que l'exigence d'égalité de traitement et de non discrimination au sein d'une pluralité de candidats est écartée en amont par la présence d'une quasi-régie.

Sur le plan de la responsabilité, le huitième alinéa de l'article L. 1524-5 CGCT opère un transfert de la responsabilité des administrateurs des sociétés : en effet, l'article L. 225-20 du code de commerce dispose que, si une personne morale est nommée administrateur d'une société, son représentant encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre. En revanche, dans les sociétés dont les collectivités locales sont actionnaires, cette responsabilité incombe à la collectivité dont l'administrateur est mandataire. Cette disposition constitue une garantie pour les élus mandataires, mais elle ne saurait être regardée que comme un élément du contrôle que la collectivité exerce sur ces sociétés, et qui n'est pas déterminant pour définir le degré d'intégration entre la collectivité et la société, dès lors qu'elle s'applique déjà aux SEML.

## **B. Les contrôles sur les agissements des élus mandataires**

La position des élus locaux peut se révéler délicate également sur le plan pénal : dans un arrêt du 25 juin 2008<sup>89</sup>, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la condamnation pour délit de favoritisme de l'adjoint d'un maire, qui avait signé un marché public avec une société d'économie mixte sans mise en concurrence préalable. L'article L. 432-14 du code pénal punit le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux textes ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics ou aux délégations de services publics. La Chambre criminelle a écarté la possibilité de voir dans la société d'économie mixte une entité *in house*, en se limitant à évoquer le critère du contrôle comparable et la présence de participations privées dans le capital de la société. Cette solution semble découler de l'hypothèse la plus évidente de violation des règles de mise en concurrence, dès lors que l'attribution à une SEML comme celle en cause dans cet arrêt est susceptible de favoriser les partenaires privés de la commune. L'extension de cette solution aux administrateurs d'une société publique locale pourrait ne pas apparaître pertinente, dès lors que la répression du délit de favoritisme vise à sanctionner les comportements qui provoquent un avantage illégal pour un des concurrents à l'obtention d'un marché ou d'une délégation de service public. Néanmoins, dans un but plus général de protection de la

---

<sup>89</sup> Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-88373, *M. Jean X et a.*; *AJDA*, 2008.1463 ; *BJCL*, 2008, p. 723, note L. Janicot ; *BJCP*, 2008, p. 480 ; *Dr. adm.*, 2008, n° 10, p. 40, comm. 133.

concurrence, les administrateurs d'une société publique locale pourraient encourir dans la même espèce chaque fois que la société ne remplit pas les critères *in house* et elle ne peut obtenir un contrat qu'après une procédure de publicité et mise en concurrence : la simple violation des « dispositions législatives et réglementaires garantissant la liberté et l'égalité des candidatures aux marchés publics » suffirait pour configurer le délit de favoritisme (Cass. crim. 28 janvier 2004, n° 02-86.597). En outre, nonobstant l'article L. 432-14 du code pénal se réfère aux marchés publics, il est possible considérer que le délit de favoritisme peut se réaliser également en cas de passation d'un marché soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>90</sup> : ce cas de figure va donc intéresser spécifiquement les administrateurs des SPL, qui doivent veiller au respect des règles de publicité et mise en concurrence pour les contrats conclus par la société et peuvent faire l'objet de poursuites pénales en cas d'octroi d'avantage injustifié.

En outre, les administrateurs des sociétés dont les collectivités territoriales sont actionnaires peuvent être jugés par la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF), qui a retenu une approche restrictive de la notion d'accessoire obligé de la fonction, qui aurait conduit à en écarter la compétence. En particulier, la CDBF a jugé que « le non respect des règles de publicité, de mise en concurrence et de formalisation des commandes dans un contrat écrit [...] constitue une violation des règles relatives à l'exécution des dépenses » de la société et il est susceptible de justifier l'amende prévue par le code des juridictions financières<sup>91</sup> : cette hypothèse peut intéresser les administrateurs d'une SPL, dès lors que la responsabilité a été admise pour une SEML, que la Cour a qualifiée de pouvoir adjudicateur et qui avait été considérée comme remplissant les conditions de la jurisprudence *Teckal* contenues à l'article 3, 1° CMP. La responsabilité des administrateurs constitue par conséquent une indication du degré de contrôle sur les sociétés, mais il n'est pas spécifique aux SPL : pour démontrer la présence du contrôle analogue, il sera également possible de se référer aux instruments de contrôle sur l'ensemble du fonctionnement de la société.

## §2 – Les instruments de contrôle traditionnels

Les SPL sont soumises, comme les SEML, à deux types de contrôle qui en soulignent la proximité avec le secteur public : en effet, le contrôle de légalité est prévu sur certain actes pris dans leur gestion (A), ainsi que le contrôle financier des chambres régionales des comptes (B).

### A. Le contrôle de légalité

Comme la Direction Générale des Collectivités Locales du Ministère de l'Intérieur a précisé dans une circulaire du 29 avril 2011<sup>92</sup>, la gestion d'une SPL est soumise au contrôle de légalité du représentant de l'État dans le département dans plusieurs hypothèses. Parmi les délibérations que les collectivités territoriales doivent transmettre pour le contrôle de légalité, il y a d'abord celles relatives à la création de la société, à ses

---

<sup>90</sup> RUELLAN (A.), « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ? », *AJDA*, 2008, n° 21, p. 1139-1141

<sup>91</sup> CDBF, 25 nov. 2010, n° 171-603, *Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris* ; *JCP A*, 2011, 2188

<sup>92</sup> Circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 portant sur « le régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) ».

statuts et à la fixation du montant de leur participation au capital social. Dans telles hypothèses, le Conseil d'État a précisé dans l'arrêt du 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales* (n° 68166) que les collectivités territoriales doivent transmettre au même temps la délibération et les documents annexes nécessaires pour mettre le représentant de l'État à même d'apprécier la portée et la légalité de l'acte. En outre, le contrôle de légalité intervient également pour les délibérations des assemblées délibérantes préalables à l'accord du représentant de la collectivité dans les organes dirigeants de la société pour les décisions les plus importantes (art. L. 1524-1 al. 3 CGCT : objet social, composition du capital et structures des organes dirigeants ; v. *supra*, p. 52). Parmi les actes soumis au contrôle de légalité par l'article L. 2131-2 CGCT pour les communes, L. 3131-2 CGCT pour les départements et L. 4141-2 pour les régions, il faut considérer les conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur au seuil de 206 000 euros hors taxes<sup>93</sup>, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat. Les relations entre collectivités et sociétés sont donc soumises au contrôle à un double titre : d'abord, si la société remplit les critères de la quasi-régie, le contrôle du préfet peut porter sur la délibération procédant à la création de la société et sur celle se prononçant sur le principe de la délégation d'un service public à la SPL. Pour les autres types de contrats, des formalités spécifiques ne sont pas prévues par le code, mais le contrôle du préfet peut porter sur la délibération de l'assemblée délibérante relative à la signature du contrat, qui devrait avoir lieu même dans le cas de prestations intégrées. En revanche, si la société ne remplit pas les critères de la quasi-régie, les actes contractuels d'un montant supérieur au seuil sont soumis à l'obligation de transmission comme pour tout cocontractant de la collectivité territoriale. L'intervention du représentant de l'État pourrait acquérir un intérêt particulier dans le cas des SPL, dès lors qu'il est appelé à vérifier également si les critères *Teckal* sont remplis et si le contrat peut être passé sans procédure de publicité et mise en concurrence. En effet, le contrôle de légalité au moment de la passation du contrat est dans la position privilégiée de pouvoir analyser la situation concrète des relations entre la société et la collectivité, qui pourraient être différentes, par exemple, de celles décrites dans les statuts initiaux.

Non seulement les décisions des collectivités actionnaires, mais aussi les actes principaux de la vie de la société font l'objet d'une transmission au contrôle de légalité. D'abord, l'article L. 1524-1 CGCT oblige à transmettre toutes les délibérations de l'assemblée générale et du conseil d'administration ou de surveillance. En outre, le préfet doit recevoir les comptes annuels et le rapport du commissaire aux comptes, qui doit certifier l'état des comptes de la société conformément à l'article L. 225-218 du code de commerce. Enfin, le CGCT prévoit des obligations de transmission particulières pour certaines activités de la société : en premier lieu, il faut transmettre les contrats entre une collectivité territoriale et la société relatifs aux concessions d'aménagement, que les SPL peuvent conclure en vertu de leur compétence en matière d'opérations d'aménagements prévue à l'article L. 1531-1 CGCT. Deuxièmement, si la société exerce des prérogatives de puissance publique pour le compte d'une collectivité territoriale, l'article L. 1524-3 CGCT prévoit

---

<sup>93</sup> Article 1 du décret n° 2008-171 du 22 février 2008 relatif au seuil prévu par le code général des collectivités territoriales concernant certaines dispositions applicables aux marchés publics et accords cadre.

l'obligation d'établir un rapport annuel qui doit être transmis aux assemblées délibérantes des collectivités délégantes, ainsi qu'au contrôle de légalité.

Il apparaît donc que les SPL font l'objet d'un encadrement complet en ce qui concerne le contrôle de légalité du préfet. Ces formes de contrôle semblent lourdes pour des instruments tels que les sociétés qui se veulent adaptées à une intervention rapide selon des procédures peu contraignantes. En particulier, l'article L. 2131-1 CGCT subordonne le caractère exécutoire des actes des assemblées délibérantes à la transmission au contrôle de légalité : le fonctionnement des sociétés peut être en outre ralenti par le délai de deux mois dont le représentant dispose pour déférer au tribunal administratif les actes qu'il estime contraires à la légalité (art. L. 2131-6 CGCT). Même si le contrôle du représentant de l'État n'aboutit que dans une minorité de cas à une saisine de la juridiction administrative, les obligations auxquelles les sociétés sont ainsi soumises risquent de compromettre la possibilité de suivre une stratégie sociétale autonome, dès lors que le juge pourrait exercer un contrôle approfondi des décisions des organes délibérantes. La présence du contrôle de légalité peut donc être utile pour satisfaire l'exigence de soumettre les sociétés aux principes de la gestion publique, nonobstant leur forme de droit privé, et pour justifier l'existence d'un contrôle analogue. Cela ne devrait pas revenir à nier toute spécificité des SPL, notamment dans le cas où les conditions des quasi-régies ne fussent pas remplies et les sociétés opéreraient comme tout autre opérateur économique. En revanche, le contrôle de légalité acquiert un intérêt particulier lorsqu'il se conjugue avec l'autre forme de contrôle, le contrôle financier.

## **B. Le contrôle financier**

L'article L. 1524-2 CGCT donne un délai d'un mois au représentant de l'État pour saisir la chambre régionale des comptes (CRC), s'il estime qu'une délibération des organes dirigeants de la société est de nature, pour une ou plusieurs collectivités ou groupements actionnaires, à en augmenter gravement la charge financière ou le risque en cas de garantie d'un emprunt contracté par la société (cf. art. L. 235-1 CJF). Le même article prévoit également que les organes de la société, ainsi que les assemblées délibérantes des collectivités actionnaires ou garantes, sont simultanément informés et que les organes de la société procèdent à une seconde lecture de la délibération contestée. L'avis de la chambre régionale des comptes doit intervenir dans le délai d'un mois et est transmis aux organes de la société, des collectivités actionnaires ou garants, ainsi qu'au représentant de l'État.

Parmi les personnes morales qui peuvent être assujetties au contrôle des chambres régionales des comptes, le Code des juridictions financières (CJF) mentionne les sociétés et organismes, quel que soit leur statut juridique, dans lesquels les collectivités territoriales ou leurs établissements publics détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix au sein des organes délibérants ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion. Il apparaît par conséquent que, comme il a été admis pour les SEML, les SPL peuvent faire l'objet de ce type de contrôle. En particulier, aux termes de l'article L. 211-4 CJF, le contrôle porte sur la vérification des comptes et, aux termes de l'article L. 211-8 CJF, sur l'examen de la

gestion. Ce dernier porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant.

Dans le cadre de son contrôle, le juge financier s'intéresse notamment aux hypothèses de gestion de fait, dans laquelle un tiers non habilité à gérer des ressources publiques s'immisce dans des fonctions réservées au comptable public. En particulier, le juge financier a examiné des cas dans lesquels les sommes ont été versées à une personne qui ne les a pas utilisées et n'était pas libre d'en décider la destination finale. Plusieurs espèces ont concerné les SEM et ont consisté dans un contrôle des modalités de prise en charge des recettes ou des dépenses par la société. Par exemple, dans deux décisions des 20 mars et 10 octobre 1989, *Gestion de fait des deniers de la commune de Salouël*, la CRC de Picardie a analysé comme gestion de fait la perception des redevances d'un parc sportif et de loisirs municipal par une SEM, en raison de l'absence d'un titre suffisant<sup>94</sup>. Le Président Gilles Miller<sup>95</sup> a donc souligné que les relations *in house* ne se situent pas sur le même plan que les hypothèses de gestion de fait, dès lors qu'elles devraient se caractériser par une relation claire entre la collectivité publique et la quasi-régie. La gestion de fait sanctionne un comportement occulte, alors que les relations *in house* sont rendues explicite par les modalités de création et de dévolution des missions à la société. Cette démarche suivie par le juge financier dans le cadre de la gestion de fait explique la distinction générale, présentée dans la première partie, entre les associations transparentes et les quasi-régies.

En revanche, la véritable crainte exprimée par les juridictions financières vient, selon les termes utilisés par le Président Miller, du « développement anarchique de la relation de quasi-régie ». Le rôle du juge financier permet en effet de s'intéresser à l'un des aspects les plus délicats de l'existence de ces sociétés, c'est-à-dire leur viabilité économique et la possibilité de se financer sans constituer un risque financier trop élevé pour les collectivités actionnaires. La « doctrine jurisprudentielle » des chambres régionales des comptes rappelle les dangers de la gestion *in house*, à partir du principe du respect des règles de concurrence d'un côté et de la mise en garde du risque du développement excessif de structures sans une réelle autonomie de l'autre.

---

<sup>94</sup> cf. CRC Aquitaine, 19 mai 1995, affaire dite de la *SEM de la piscine d'Andernos* ; CRC Basse-Normandie, 3 mars 1994, *Gestion de fait des deniers de la commune de la Ferté-Macé* ; CRC Champagne-Ardenne, 4 décembre 2003 et 26 avril 2005, *Gestion de fait des deniers de la commune d'Epernay*.

<sup>95</sup> MILLER (G.), « Les chambres régionales et territoriales des comptes et les contrats *in house* », *AJDA*, 2011, n° 10, p. 550-555.

## Chapitre 2 – Le financement des activités

L'élargissement de l'intervention des collectivités publiques dans le champ économique peut s'avérer particulièrement délicat : en effet, d'un côté, ces opérateurs sont toujours soupçonnés de recevoir de la part des personnes publiques un soutien susceptible de fausser la concurrence ; de l'autre, leur champ d'action est limité par la volonté de ne pas être complètement assimilés aux autres entreprises. Pour cette raison, si dans un premier temps il faut analyser les relations financières entre les personnes publiques et leurs sociétés (Section 1), dans un second temps il faut s'interroger sur les conditions dans lesquelles le critère de l'opérateur dédié de la jurisprudence *Teckal* peut être rempli (Section 2).

### Section 1 - Les collectivités territoriales, actionnaires des SPL

En partant de considérations partiellement différentes, les juges français et européen ont soumis la participation financière des collectivités territoriales dans leurs sociétés à un encadrement assez strict (§1). Le législateur est venu préciser les modalités de cette intervention, qui montrent encore des incertitudes en raison de la nature particulière de ces sociétés, qui sont au même temps sous l'influence du droit public et du droit privé (§ 2).

#### §1 - Les conditions posées par la jurisprudence

Il est possible d'analyser les jurisprudences du juge administratif français (A) et de la Cour de justice (B), qui ont progressivement encadré les participations financières des collectivités actionnaires pour éviter les distorsions dues à leur nature de personnes publiques.

##### A. La position restrictive du juge administratif

Le Conseil d'État a commencé à encadrer la participation au capital des SEM par l'arrêt du 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes de Haute-Provence c/ Commune d'Allos* : à cette occasion, il a statué que les communes peuvent modifier leur participation au capital des SEML en souscrivant à des augmentations de capital, mais il a soumis une telle décision au respect du droit des aides économiques qui était prévu par les lois du 7 janvier 1982 et du 2 mars 1982 (ensuite codifié aux articles L. 1511-1 CGCT et suivants), selon la distinction entre aides directes et aides indirectes : les premières réservées à la région, sous réserve de compléments apportés par la commune ou le département, les autres en principe ouvertes à toutes les collectivités locales. En espèce, le Conseil d'État a examiné l'apport provenant d'une augmentation de capital qui revenait à annuler une créance de la commune envers la société. D'abord, le Conseil d'État a rappelé que ces augmentations devaient être limitées dans le respect du plafond du capital (80% à l'époque) et du plancher de la moitié des voix dans les organes délibérants et du capital prévus pour les participations publiques. Alors que le raisonnement du juge peut être dans son ensemble transposé aujourd'hui aux SPL (v. *infra* §2), cette précision n'est pas pertinente pour ces sociétés dont les collectivités publiques détiennent la totalité du capital. Une conception large de la notion d'aides avait été retenue par le commissaire du

gouvernement Martine Denis-Linton, qui les avait définies comme « toute forme d'aide en nature et en numéraire engageant le patrimoine ou grevant le budget de la collectivité et qui s'inscrit directement dans les comptes de résultats de l'entreprise ». Le Conseil d'État a donc examiné l'opération à la lumière des dispositions législatives relatives aux aides, mais il a conclu à l'illégalité de l'opération en vertu des conditions dans lesquelles était intervenue. Depuis la décision *Commune d'Allos*, le juge exerce un contrôle restreint sur les augmentations de capital selon deux critères : la gravité de la situation financière de la société et les capacités financières de la commune. En commentant cette décision, le Professeur Claude Devès considérait que « les SEM ne sont pas des sociétés comme les autres, elles sont d'abord, par les buts qui leur sont assignés, des entreprises des collectivités locales dans lesquelles l'application du droit des sociétés relève plus d'une technique adaptée aux besoins des collectivités que d'une véritable fin en soi ». Le risque principal envisagé par le juge administratif est que la source publique des ressources accordées au titre de l'augmentation des capitaux propres peut conduire à les qualifier d'aides : dans la jurisprudence *Commune d'Allos*, le Conseil d'État a statué que la qualité d'actionnaire des personnes publiques est indifférente par rapport à la légalité des aides, qui doit être appréciée selon les dispositions générales. De ce point de vue, des critiques avaient été formulées sur la distinction qui était ainsi opérée entre actionnaires publics et actionnaires privés : en effet, ces derniers ne pouvaient pas être soumis aux limitations imposées aux premiers en termes de subventions, prise en charge de pertes d'exploitation, avances de trésorerie, qui leur empêchaient d'intervenir en cas de difficulté de la société<sup>96</sup>. La démarche du juge a pu être critiquée dans l'espèce de l'arrêt *Commune d'Allos*, dans lequel la SEML était soumise à des contraintes particulièrement strictes de la part de la collectivité publique (mission de service public prévue par loi, conditions d'exploitation fixées par la collectivité) : en réalité, elle participe de la prudence nécessaire pour les collectivités territoriales qui interviennent dans le capital d'une société, parce que dans ce contexte elles doivent composer avec les aléas économiques et la faible prise de risques de la part des actionnaires privés, qui peuvent néanmoins influencer une partie de sa gestion.

La doctrine a interprété l'encadrement jurisprudentiel de la participation financière des collectivités territoriales comme limitant leur possibilité de se comporter comme un normal actionnaire<sup>97</sup> : en commentant la décision *Commune d'Allos*, le Professeur Jean-Claude Douence a rappelé que « la collectivité locale ne peut donc être un actionnaire comme les autres puisque, même si l'opération qu'elle réalise est licite au regard du droit des sociétés, elle est soumise au contrôle du juge administratif qui l'exerce selon ses techniques habituelles ». Il n'est pas sûr que le fait de considérer la collectivité publique comme un normal actionnaire permette d'élargir sa capacité d'intervention, comme la jurisprudence européenne a en partie démontré.

---

<sup>96</sup> cf. circulaire du 7 mars 1994 du ministère de l'Intérieur relative aux relations financières entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales (NOR: INTB9400087C).

<sup>97</sup> DEVES (C.), « La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales », *AJDA*, 2002, n° 2, p. 139-151.

## B. Le critère de l'investisseur privé en économie de marché

La prémisse du raisonnement du juge de l'Union relatif aux relations entre les personnes publiques et leurs entreprises est l'application du droit des aides d'État. Il y a lieu de rappeler les quatre conditions fixées à l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) pour qualifier une mesure d'aide d'État : elle doit accorder un avantage à son destinataire, fausser ou menacer de fausser la concurrence, être constituée par une intervention de l'État ou au moyen de ressources publiques et susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Les juges ont ensuite précisé que le droit des aides d'État ne trouve pas application, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre entreprises publiques ou privées, « lorsque les capitaux mis à la disposition d'une entreprise, directement ou indirectement par l'État, le sont dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché »<sup>98</sup>. Néanmoins, cette démarche ne signifie pas que les personnes publiques jouissent de la plus grande liberté dans leurs interventions à caractère économique, que la jurisprudence de la Cour de justice distingue des actes de puissance publique. La catégorie des interventions à caractère économique comprend une large gamme de mesures, qui sont susceptibles d'être qualifiées d'aides d'État si elles interviennent dans les conditions de l'article 107 TFUE : la participation dans le capital d'une entreprise, l'octroi d'un prêt ou d'une garantie, des facilités pour le paiement de cotisations sociales ou pour le remboursement de charges salariales. En revanche, la Cour retient une interprétation assez stricte des actes de puissance publique, qui peuvent être relatifs à la politique fiscale ou sociale, au titre par exemple d'exonérations fiscales ou de réduction de charges sociales : en effet, ils doivent se présenter dans des situations dans lesquelles l'intervention d'un investisseur privé n'aurait pas été possible. Les deux types de mesures, qui visent des objectifs différents, se distinguent en effet en fonction de leur nature, de leur objet et des règles auxquelles elles sont soumises. Le contrôle opéré par le juge de l'Union repose sur une véritable analyse économique comparative et il ne s'arrête pas à la forme prise par l'acte de la personne publique : en effet, le critère de l'investisseur privé peut être utilisé en dépit du fait que les personnes publiques disposent de moyens dont ne dispose pas un investisseur privé. Le juge arrive à vérifier si dans les mêmes circonstances ce dernier aurait pris une décision comparable : cette démarche peut être difficile dans certaines hypothèses, dès lors que l'entreprise se trouve dans une situation très différente de celle d'une entreprise privée agissant dans des conditions normales de marché. La Cour a pris en considération cette spécificité dans un arrêt du 3 juillet 2003, *Chronopost SA c. UFEX*, qui est l'une des étapes de l'affaire Chronopost, qui s'est conclu par un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2008 dans lequel la Cour de justice a exclu la présence d'aides de l'État français en faveur de cette entreprise. En 2003, l'application du critère de l'investisseur privé a été en partie nuancée par l'exigence d'apprécier les conditions normales du marché par référence à des éléments objectifs et vérifiables : il n'est pas possible de voir un marché comme un autre lorsque des exigences particulières s'imposent. Il s'agit en tout cas d'hypothèses exceptionnelles, qui ne se vérifient que dans une faible minorité de cas : dans cette espèce, par exemple, il est clair que le réseau qui doit être assuré par une entreprise telle que La Poste, dotée de milliers de bureaux sur l'ensemble du

---

<sup>98</sup> CJCE, 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimedia SpA c. Commission*, aff. C-328/99 et C- 399/00 ; TPIUE, 15 décembre 2009, *EDF & République française c. Commission européenne et Iberdola SA*, aff. T-156/04.

territoire national, ne peut être comparée à la structure d'une normale entreprise. Il en va sans doute autrement des sociétés des collectivités locales telles que les SEML ou les SPL, qui agissent dans un ressort territorial limité et qui, surtout, opèrent généralement en substitution d'entreprises privées qui pourraient accomplir les mêmes tâches. Dans ces hypothèses, la jurisprudence restrictive reprise dans l'arrêt du 15 décembre 2009, *Iberdola SA* peut être de large application, compte tenu également des préoccupations exprimées par le législateur européen dans le droit dérivé. En effet, les relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques ont également fait l'objet d'une directive de codification du 16 novembre 2006<sup>99</sup>, dans laquelle une obligation de transparence est posée par rapport à plusieurs opérations : compensation des pertes d'exploitation, apports en capital ou en dotation, apports à fonds perdus ou prêts à conditions privilégiées, non-perception de bénéfices ou non-recouvrement de créances, renonciation à une rémunération normale des ressources publiques engagées, compensation de charges imposées par les pouvoirs publics (art. 3). Dans le cadre de ces relations financières, la distinction entre État comme pouvoir public et État en tant que propriétaire (considérant 8) apparaît clairement : si les pouvoirs publics peuvent imposer des obligations à leurs entreprises publiques ou leur octroyer des avantages dans les mêmes conditions qui seraient prévues pour des cocontractants privés chargés de missions d'intérêt général, les personnes publiques propriétaires des entreprises ne peuvent pas faire jouir ces dernières de bénéfices découlant de la nature publique des capitaux de l'entreprise ou des prérogatives dont les pouvoirs publics peuvent disposer en leur faveur. L'ensemble de ces principes doit être respecté dans l'interprétation des dispositions insérées dans le droit des SEML, et applicables aux SPL : l'exigence de rendre les collectivités territoriales des actionnaires comme les autres ne doit pas conduire à des opérations qui relèveraient de l'application du droit des aides d'État.

## **§2 - Les règles applicables aux sociétés publiques locales**

Les relations financières entre collectivités locales et sociétés ont reçu une partielle sécurisation par la loi du 2 janvier 2002, que le juge administratif a interprété à la lumière de sa jurisprudence précédente (A) ; une autre particularité qui peut caractériser la gestion de ces sociétés est la mise en jeu de subventions ou garanties d'emprunt de la part des collectivités actionnaires (B)

### **A. Le financement de la société**

« La possibilité d'intervenir dans les augmentations de capitaux semble relever de la liberté de l'actionnaire, qui est bien dans son rôle en apportant son soutien à la société dont il détient des actions lorsque celle-ci est en difficulté. Et s'il est vrai que le respect de cette liberté doit être mis en balance avec la nécessité de préserver les finances locales, il nous semble que cette balance est précisément assurée par le maintien des deux critères issus de votre jurisprudence de 1994 » : en concluant sur l'arrêt du 10 novembre 2010, *Communauté de communes du Nord de bassin de Thau*, le rapporteur public Emmanuelle Cortot Boucher a

---

<sup>99</sup> Directive n° 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises ; v. ord. n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE.

rappelé le balancement entre les différentes exigences qui doit être fait même dans l'état actuel du droit. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a présenté les trois conditions nécessaires pour admettre la légalité d'une opération de recapitalisation d'une SEML. D'abord, le Conseil d'État reprend la condition du respect des limites fixées par la loi dans le cas des SEML, qui n'intéressent pas les SPL. Ensuite, il confirme que le contrôle se limite à l'erreur manifeste d'appréciation par rapport à la situation financière de la société et aux capacités financières de la commune. Enfin, il ajoute que le juge contrôle si la recapitalisation n'est pas constitutive d'une aide qui serait illégale, dès lors qu'elle n'est pas autorisée par le CGCT. Pour éviter de tomber dans la qualification d'aide, le Conseil d'État rappelle donc que les collectivités territoriales peuvent apporter leur concours au capital soit selon les modalités spécifiques prévues pour les SEML, soit dans le respect des règles relatives aux aides et subventions contenues dans le CGCT. En effet, l'un des objectifs principaux de la loi du 2 janvier 2002 était la clarification des relations entre les collectivités territoriales et leurs sociétés. Les deux dispositifs permettant aux collectivités actionnaires de participer à la vie de la société, rappelés par le Conseil d'État dans l'arrêt du 10 novembre 2010, sont prévus à l'article L. 1522-4, qui soustrait les augmentations de capital et les apports en compte courant d'associés aux règles sur les aides pour le développement économique.

Les augmentations de capital constituent un moment particulièrement délicat dans la vie des sociétés, dès lors qu'elles peuvent intervenir dans des situations de crise et constituer des engagements lourds pour les actionnaires. En particulier, lorsqu'il s'agit d'actionnaires publics comme dans le cas des SPL, cela peut avoir des conséquences négatives pour les finances publiques, notamment dans le cas d'une mauvaise gestion de la société. Les pertes de la société ont par conséquent une réduction de ses capitaux propres : quand ces derniers deviennent inférieur à la moitié du capital social, l'article L. 225-248 du code de commerce impose la convocation d'une assemblée spéciale, dans laquelle les actionnaires peuvent décider soit de dissoudre la société soit d'augmenter les capitaux propres en sus de la moitié du capital social (augmentation du capital ou recapitalisation). Pour atteindre ce but, des nouvelles actions doivent être émises par la société et souscrites par les collectivités actionnaires (ou éventuellement par d'autres collectivités). Même si l'article L. 1522-4 CGCT renvoie à l'article suivant pour des précisions ultérieures, ce dernier ne contient que des dispositions spécifiques à l'apport en compte courant d'associés.

Les comptes courants d'associés sont un moyen pour les actionnaires de financer la société sans procéder à la procédure formaliste de l'augmentation de capital. A travers cette pratique, les associés « consentent à la société des avances ou des prêts, soit en versant des fonds dans la caisse sociale, soit en laissant à la disposition de la société des sommes (rémunération de certaines fonctions, dividendes, etc.) qu'ils renoncent temporairement à percevoir »<sup>100</sup>. Il s'agit d'une créance des actionnaires envers la société, qui peut être retirée à tout moment sauf disposition contraire. Les collectivités territoriales se trouvent par conséquent dans la position de prêteurs de la société, ainsi qu'actionnaires. L'article L. 1522-5 subordonne l'octroi de l'apport à la

---

<sup>100</sup> RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2: Les sociétés commerciales*, dir. GERMAIN (M.), 19<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2009, §1056-58; v. ég. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 3<sup>e</sup> éd. Montchrestien, 2009, § 192

conclusion d'une convention qui doit prévoir, à peine de nullité, d'une part, la nature, l'objet et la durée et, d'autre part, le montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de transformation en augmentation de capital dudit apport. Des autres formalités sont imposées pour toute délibération relative à l'apport, qui doit être précédée d'un rapport du représentant de la collectivité au sein de la société et d'un rapport de l'organe dirigeant de la société justifiant les conditions de l'apport.

L'apport en compte courant peut sans doute présenter des avantages, notamment en matière fiscale, pour la partielle déductibilité des intérêts versés à l'associé du bénéfice imposable, et commerciale, pour la possibilité pour l'associé de toucher une rémunération même en absence de bénéfices de la société : néanmoins, un encadrement est nécessaire parce qu'il expose la collectivité territoriale à un risque ultérieur et à des engagements importants qui peuvent fausser l'appréciation sur l'état de la société. L'article L. 1522-5 CGCT ajoute que la durée de l'apport ne peut excéder deux ans, renouvelable une fois, et qu'il n'est pas possible cumuler deux avances dans cette période, ni rembourser une avance par une autre avance. La conséquence naturelle d'une durée de l'apport au-delà des limites fixées par cet article est sa transformation en augmentation de capital. Cette transformation doit tenir compte de la situation globale à laquelle la collectivité territoriale est exposée en raison de sa participation à des sociétés : pour cette raison, l'ensemble des avances en compte courant consenties aux sociétés ne peut excéder 5% des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité. La collectivité ne doit pas être excessivement gravée de participations dans ses sociétés ni, au même temps, intervenir en faveur de sociétés dont la viabilité économique ne peut être assurée : pour cette raison, la loi interdit des avances lorsque les capitaux propres de la société sont devenus inférieurs à la moitié du capital social. Dans ce dernier cas, les organes de la société doivent prendre des décisions plus durables, comme la dissolution de la société ou l'augmentation du capital, pour faire face à une situation de difficulté.

## **B. Les subventions et les garanties d'emprunts**

Des dispositions spécifiques du CGCT visent à permettre le soutien de la part des collectivités locales à leurs sociétés pour des activités particulières : il s'agit des subventions, que les collectivités peuvent octroyer à des conditions dérogatoires par rapport aux aides au développement économique des articles L. 1511-1 et suivants, et des garanties qu'elles peuvent accorder pour des emprunts contractés par leurs sociétés.

**Les subventions.** À partir de la loi Solidarité et renouvellement urbain (SRU) du 13 décembre 2000, des subventions sont possibles pour les sociétés qui exercent une « activité de construction ou de gestion de logements pour des programmes de logements, et leurs annexes, dont les financements sont assorti de maxima de loyers ou de ressources des occupants, déterminés par l'autorité administrative » (art. L. 1523-5 CGCT). En outre, des subventions peuvent être octroyées en cas de déséquilibre grave et durable lié à ces mêmes activités, en concluant une convention relative à la nature, au montant et à la durée. Cette catégorie de subventions ne semble pas poser des problèmes majeurs, dès lors que le logement social est une activité propre aux personnes publiques, qui peuvent d'ores et déjà décider de l'exercer à travers des sociétés

anonymes (SA HLM), qui constituent l'un des exemples de sociétés à leur disposition avant l'entrée en vigueur de la loi du 28 mai 2010 (art. L. 422-2 et L. 422-2-1 CCH).

La loi du 2 janvier 2002 a introduit dans le CGCT deux autres types de relations financières entre les collectivités territoriales et les SEML, relatives respectivement aux opérations d'aménagement (art. 1523-2) et aux programmes d'intérêt général liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises (art. L. 1523-7 CGCT). En ce qui concerne les opérations d'aménagement, le code impose la conclusion d'une convention dans laquelle il est précisé, notamment, le montant de la participation financière du concédant et les modalités du contrôle technique, financier et comptable. Les concessions d'aménagement sont régies par le code de l'urbanisme, dont la partie réglementaire a été modifiée par le décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 afin de les rendre conformes au droit de l'Union européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice<sup>101</sup>. Par conséquent, la convention conclue entre le concédant et l'aménageur intervient pour l'ensemble des opérations de ce type, dans lesquelles l'aménageur est toujours susceptible de bénéficier de la participation financière de la collectivité locale (art. L. 300-5 C. urb.). En ce qui concerne, en revanche, les aides à la promotion économique du territoire, les commentateurs de la loi du 2 janvier 2002 ont relevé leur ambiguïté et leur incompatibilité avec le droit des aides d'État<sup>102</sup> : en effet, pour ce type de subventions, le code ne prévoit aucun contenu obligatoire de la convention, ni de contreparties pour les bénéficiaires. En outre, leur objet ne serait pas clairement défini, dès lors qu'il faut en tout cas éviter que les sociétés dont les collectivités sont actionnaires deviennent des « organismes relais », chargés de reverser ces aides aux bénéficiaires finaux.

**Les garanties d'emprunt.** Les emprunts vont constituer l'une des sources principales du financement des SPL, dès lors qu'à travers ce moyen elles pourront avoir accès à des sommes importantes pour financer leurs activités sans recevoir des contributions de la part des collectivités actionnaires, qui pourraient être qualifiées d'aides d'État. Néanmoins, les garanties portées par les collectivités sur ces emprunts peuvent constituer un engagement lourd pour elles, en cas de difficultés de la société. En effet, si la commune se trouve dans une difficulté financière particulière due aux garanties d'emprunt, comme aux subventions, elle ne peut pas se voir attribuée une subvention spéciale de la part de l'État, comme il est prévu par l'article L. 2335-3 CGCT pour d'autres circonstances exceptionnelles. Cette disposition démontre la prudence nécessaire dans une opération de ce type, qui est encadrée par les articles L. 2252-1 à 5 du code. Des plafonds sont fixés pour s'assurer que les garanties fournies n'entrent pas en conflit avec trois paramètres fondamentaux : la capacité financière de la collectivité (50% de la section du fonctionnement du budget pour l'ensemble des emprunts garantis), la diversification des risques (10% des garanties au profit d'une même entreprise) et la viabilité de l'entreprise (50% de l'emprunt contracté). Le Conseil d'État a précisé que ces ratios prudentiels fixés par la loi doivent être respectés et que, pour cette raison, les emprunts doivent être assortis par un tableau d'amortissement : un emprunt caractérisé par une « ouverture de crédit » ne saurait donc être considéré

---

<sup>101</sup> CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c. Ville de Roanne*, aff. C-220/05.

<sup>102</sup> SESTIER (J.-F.), « Les sociétés mixtes locales après la loi de modernisation », *RFDA*, 2002, n° 5, p. 923-938.

comme légal<sup>103</sup>. La volonté d'encadrer ces garanties devrait être encore plus poussée dans le cas des SPL, dès lors que, en dernière analyse, l'emprunt est contracté par une entité assimilable à la collectivité même, qui se porte garant pour des sommes dont elle-même peut décider à travers ses représentants au sein de la société.

## **Section 2 – L'activité et les conditions de l'opportunité de la gestion en quasi-régie**

La jurisprudence sur les prestations intégrées s'est développée autour de l'exigence, pour l'opérateur *in house*, d'effectuer l'essentiel de son activité avec les pouvoirs adjudicateurs qui le détiennent (§ 1). Cet aspect est susceptible de poser la plupart des problèmes dans la gestion en quasi-régie des services publics locaux (§ 2).

### **§1 – Le critère de l'opérateur dédié**

La prévision contenue dans la loi du 28 mai 2010 en ce qui concerne les sociétés publiques locales (B) semble avoir voulu transposer fidèlement la jurisprudence de la Cour de justice relative à ce critère (A).

#### **A. Les hypothèses analysées par la jurisprudence**

La jurisprudence de la Cour de justice a précisé le deuxième critère *Teckal*, qui peut être défini comme le critère de l'opérateur dédié (au pouvoir adjudicateur qui le contrôle) ou de l'activité captive. Ce critère a fait l'objet de développements moins exhaustifs que le premier, dès lors que, comme le soulignait l'avocat général Christine Stix-Hackl dans ses conclusions sur l'arrêt *Carbotermo*, jusqu'à cette décision la Cour de justice n'avait précisé que le critère du contrôle analogue.

Le principe qui fonde le critère de l'opérateur dédié est naturellement la nécessité d'éviter des situations susceptibles de fausser la concurrence, dès lors qu'un opérateur bénéficiant du soutien d'une personne publique ne doit pas rivaliser avec les autres opérateurs économiques lorsqu'ils soumissionnent à un contrat public, selon le principe d'égalité de concurrence énoncé dans le célèbre avis *Jean-Louis Bernard Consultant*. Le critère de l'opérateur dédié a trouvé des applications également dans la jurisprudence administrative : dans l'arrêt du 27 juillet 2001, *CAMIF*, le Conseil d'État a écarté au même temps la présence d'un contrôle analogue et la réalisation de l'essentiel des activités de l'UGAP avec l'État, pour conclure à l'obligation de passer un marché public.

En ce qui concerne les entités *in house*, plusieurs cas de figure ont été analysés par les juges. Il faut en premier lieu préciser que la Cour de justice a admis la possibilité d'activités accessoires non exercées avec les pouvoirs adjudicateurs qui détiennent les opérateurs *in house*, dès lors que, comme dans le cas de l'arrêt *Sea srl*, les relations avec les opérateurs privés sont nécessaires pour mener à bien l'activité confiée par les pouvoirs adjudicateurs (§78). En outre, dans l'arrêt *Carbotermo* la Cour de justice a admis la possibilité que la condition soit remplie, si l'activité est exercée avec l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs qui détiennent l'entité : il est intéressant de relever qu'à l'époque la Cour de justice n'avait pas encore admis la possibilité de

---

<sup>103</sup> CE, 16 janv. 1995, *Ville de Saint-Denis*, n° 141148, Rec. p. 34; CE, 2 mars 2007, *CRCAM Nord France*, n° 283439.

vérifier l'existence d'un contrôle conjoint, avec l'ampleur qui est reconnue dans les arrêts *Asemfo* et *Coditel Brabant*. Néanmoins, dans l'arrêt *Carbotermo* cette possibilité avait été admise, mais le caractère *in house* de l'entité écarté en raison des larges pouvoirs détenus par les organes dirigeants de la société. D'un point de vue général, il est intéressant souligner comme, dans cet arrêt, le critère de l'activité captive est étroitement lié à celui du contrôle. En effet, la Cour de justice a considéré qu'« une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs » (§61) : il paraît que la présence d'une indépendance économique, provenant de ressources collectées auprès d'autres pouvoirs adjudicateurs en fonction des services rendus, prime sur l'absence d'indépendance statutaire, qui n'est pas réalisée en espèce, mais qui ne serait pas non plus suffisante, à elle seule, à justifier la satisfaction des critères *Teckal*. Au-delà de la formulation classique de l'arrêt *Teckal*, il apparaît que la Cour de justice effectue un contrôle d'ensemble sur l'entité, afin de vérifier si, en dernière instance, les échanges sont susceptibles d'être affectés. Cette attitude montre l'incertitude qui caractérise l'ensemble du phénomène des quasi-régies : comme l'interprétation restrictive de type finaliste peut évoluer, il est difficile de fixer en amont le cadre global d'intervention de ces sociétés pour éviter tout risque que leur action soit considérée comme une intervention sur le marché. Dans l'application de la jurisprudence *Carbotermo*, la Cour de justice a essayé de donner des paramètres chiffrés du critère de l'opérateur dédié : dans l'arrêt *Asemfo*, elle a estimé que l'activité était exercée à hauteur de 90% avec les pouvoirs adjudicateurs. En espèce, le critère de l'activité montrait bien le lien entre les pouvoirs adjudicateurs et l'entité, dès lors que la partie majoritaire (55% de l'activité) était exercée avec les pouvoirs qui ne détenaient qu'une partie très faible du capital (1% pour les quatre communautés autonomes).

En outre, la jurisprudence s'est intéressée au ressort territorial de l'entité, pour vérifier indirectement si l'activité était accomplie majoritairement avec les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient. En particulier, dans l'arrêt *Sea srl*, la Cour a considéré l'opérateur comme répondant au critère de l'activité captive, dès lors que son champ géographique ne s'étend pas au-delà du territoire des communes qui en sont les actionnaires (§76). Dans le même sens, la jurisprudence administrative a analysé le critère de l'opérateur dédié par rapport à la source des ressources de financement de l'activité. Dans l'arrêt du 30 juin 2009, *Ville de Paris*, la Cour administrative d'appel de Paris a admis qu'il était possible considérer que l'établissement public en cause réalisait l'essentiel de ses activités avec les autorités qui le détiennent « alors même que l'OPAC est principalement rémunéré par les locataires des logements qu'il gère et non par la Ville et par l'État ». Cette solution s'inscrit dans l'approche globale des relations *in house* retenue par la Cour de justice

## **B. La solution de la loi du 28 mai 2010**

L'un des aspects les plus remarquables de la loi du 28 mai 2010 est la limite ultérieure que le législateur national a voulu poser à l'extension des activités de sociétés publiques locales par rapport au modèle *in house* de la jurisprudence de la Cour de justice : le troisième alinéa de l'article L. 1531-1 CGCT dispose en effet que ces sociétés doivent exercer « 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 ». Cette rédaction est le résultat d'une évolution souhaitée par les parlementaires pendant les débats relatifs à la loi, dès lors que la proposition initiale<sup>104</sup> ne se referait qu'aux activités exercées « pour le compte de leurs actionnaires ». Dès l'examen au sein de la Commission des lois du Sénat, le rapporteur a proposé de préciser ces éléments, afin d'offrir des « sûretés supplémentaires » au régime des SPL. L'amendement proposé ensuite en séance a été adopté sans difficultés.

En outre, pour renforcer la présomption du caractère *in house* d'une société publique locale, le législateur a prévu une règle supplémentaire : pour éviter la mise en œuvre des règles relative aux délégation de service public, l'activité déléguée doit figurer expressément dans les statuts de la société. Par conséquent, les SPL sont soumises à une contrainte ultérieure par rapport aux établissements publics, auxquels se réfèrent les dispositions des articles L. 1411-12, *b* CGCT et 41, *b* de la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, qui contenaient déjà cette exception pour les établissements publics avant la loi du 28 mai 2010. En tout cas, il a été relevé que, pour la soustraction aux règles de la loi Sapin, le critère de l'intégralité publique du capital est privilégié par rapport à la nature de la personnalité : les SPL et les établissements publics sont exemptées de son application, alors que les SEML lui sont soumises (*v. supra*, p. 8). Même si cette ligne de partage a été critiquée, car elle ne permet pas une uniformité de régime à l'intérieur de la même catégorie d'entreprises publiques<sup>105</sup>, elle peut être admise à la lumière de l'exigence fondamentale protégée par les règles de publicité et mise en concurrence, c'est-à-dire le niveau d'affectation d'un marché concurrentiel.

Un encadrement ultérieur devrait venir pour les SPL de l'aménagement d'une règle concernant les sociétés d'économie mixte. L'alinéa 15 de l'article L. 1524-5 prévoit l'obligation de recueillir l'accord préalable des collectivités territoriales est pour toute prise de participation de la part de la SEML dans le capital d'une société commerciale. Ce dispositif ne devrait pas trouver application pour les SPL. Dans le cadre des SEML, cette règle constitue une garantie ultérieure pour les collectivités actionnaires de la société d'éviter des participations risquées dans des sociétés commerciales. Cette préoccupation mise à part, telle éventualité s'inscrit parfaitement dans les modalités de fonctionnement ordinaire des SEML, qui peuvent souhaiter diversifier leurs activités et qui, en étant obligées à soumissionner aux appels d'offre pour être attributaires de marché ou concession, ne subissent pas la contrainte du respect des critères *Teckal*. En revanche, pour un opérateur *in house* telle opération n'est pas possible. A travers la prise de participations, en effet, la société pourrait aboutir à gérer indirectement des activités qui vont au-delà des activités qu'elle exerce avec ses actionnaires. Il en irait autrement dans l'hypothèse où la SPL ne répond pas aux critères de la jurisprudence sur les quasi-régies : dans ce cas, elle se comporterait comme une SEML et, étant intéressée à sauvegarder sa viabilité économique à travers des opérations commerciales, elle pourrait diversifier ses activités afin de mieux répondre à ses exigences budgétaires.

---

<sup>104</sup> Sénat, n° 253, Session ordinaire de 2008-2009 - Proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales, présentée par M. Daniel Raoul et autres.

<sup>105</sup> BERNARD (S.), « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *RDP*, 2011, n° 3, p. 587-603.

## §2 - Les risques de la gestion en quasi-régie et les limites dans le choix des collectivités publiques

Dans l'état actuel du droit, les sociétés publiques locales ne semblent pas destinées vers des PPPI, compte tenu de l'analyse défavorable faite par le Conseil d'État (A) ; instruments entièrement à la disposition des collectivités locales, elles ne peuvent accomplir leurs tâches qu'à des conditions bien définies (B).

### A. La difficile transition vers le partenariat public-privé institutionnalisé

Comme il a été déjà examiné (v. *supra*, p. 49), la passation d'un contrat sans publicité et mise en concurrence avec une entité constituée de capitaux mixtes est possible, si le partenaire privé a été choisi après une procédure transparente et si les informations relatives à l'entité ainsi créée ont été préalablement fournies. Telle solution présente le double avantage de permettre l'entrée de capitaux ultérieurs dans la gestion des services publics, qui peut exiger des lourdes investissements, et au même temps de maintenir un fort engagement des personnes publiques, dans des conditions transparentes. Pour cette raison, une partie de la doctrine a souhaité que les sociétés publiques locales soient des instruments pour permettre la réalisation des PPPI, dès lors que dans le long terme il n'est pas possible pour les collectivités publiques supporter l'intégralité des coûts liés à la gestion de certaines activités<sup>106</sup>. Nonobstant la Commission ait admis la possibilité de créer un PPPI à partir d'une entité à capital complètement publics, telle évolution semble plus difficile en France, suite à l'avis émis par le Conseil d'État le 1<sup>er</sup> juin 2009. Une certaine prudence a été constatée également dans la démarche du législateur, qui a modifié la définition du contrat de partenariat<sup>107</sup> pour inclure le financement d'un investissement dans l'objet du contrat, mais en excluant toute participation au capital : si un tel choix peut être motivé par la volonté d'éviter le risque d'interventions publiques dans le capital d'entreprises privées déjà constituées, il peut également être interprété comme un obstacle à la possibilité pour les personnes publiques de participer à une entité tierce constituée en commun avec des éventuels partenaires privés<sup>108</sup>.

Le Conseil d'État considère que la société anonyme de droit commun régie par le code de commerce est le support le plus adapté pour la gestion d'un contrat complexe comme celui susceptible de faire l'objet d'un PPPI, en raison de la souplesse dans son organisation interne qui permet de rendre compte de la contribution de chaque actionnaire. Néanmoins, le Conseil d'État estime que le partenariat ne pourrait se réaliser dans le cadre d'une société existante, caractérisée par une organisation déjà établie autour d'une répartition de rôle et de pouvoirs au sein des organes dirigeants déjà fixée. Le Conseil d'État prend en considération notamment le cas d'une société d'économie mixte, qui se prêterait mal à la transformation en PPPI. Ce constat est certain, notamment compte tenu du fait que dans la SEM des actionnaires privés, non choisis à travers une procédure

---

<sup>106</sup> KARPENSCHIF (M.), « Les sociétés publiques locales: passeport pour un véritable PPPI ? », *JCP A*, 29 nov. 2010, n° 48, p. 13-15

<sup>107</sup> Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, art. 14 (JORF 18 février 2009, p. 2841), modifiant l'art. 1<sup>er</sup> de l'ord. n° 2004-559 sur les contrats de partenariat

<sup>108</sup> MULLER (E.), « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *CMP*, 2010, n° 2, p. 6-13

préalable, continueraient à être présents : par conséquent, l'enjeu principal du PPPI, c'est-à-dire l'attribution directe du contrat, se heurterait aux principes d'égalité et de non discrimination, qui interdisent de leur octroyer un tel avantage. La solution envisagée par le Conseil d'État est donc celle de la « constitution de sociétés dédiées à la réalisation de chaque contrat qui formerait leur objet social exclusif ». En outre, le Conseil d'État a précisé que l'entité ne pourrait se voir attribuer plusieurs marchés successifs ou simultanés ayant des objets distincts mais concernant les mêmes opérations, sauf des hypothèses particulières telles que les concessions d'aménagement.

Le raisonnement du Conseil d'État pose deux obstacles supplémentaires à la mise en place des PPPI. En premier lieu, du point de vue des financements, les PPPI ne permettent pas d'avantage de résoudre l'ensemble des problèmes : le Conseil d'État a remarqué que la coexistence du pouvoir adjudicateur et de son cocontractant au sein de l'entité mixte serait susceptible de donner lieu à des conflits d'intérêts, notamment sur le plan des responsabilités. En outre, le pouvoir adjudicateur serait exposé à des risques juridiques et financiers qui pourraient être évités en confiant la réalisation des tâches pour lesquelles l'entité mixte est créée à un cocontractant, qui en assumerait intégralement la charge. Un tel risque existe effectivement, et devrait être prévu au moment du déclenchement de la procédure, en inscrivant des clauses spécifiques dans les statuts de la nouvelle structure. Il est en outre possible de remarquer que, même pour les contrats déjà existants, la collectivité publique n'est pas complètement déchargée des risques d'exploitations : dans les deux cas, des engagements contractuels clairs devraient prévenir les divergences sur la répartition du risque. En second lieu, la création d'une entité mixte s'avère particulièrement difficile dans le cadre de la coopération intercommunale : le Conseil d'État a en effet souligné que, d'un côté, l'indication de la cession du contrat dès le début de la constitution pourrait freiner la volonté des collectivités de s'associer et que, d'un autre côté, chaque collectivité ne détiendrait qu'une faible incidence sur la gestion de l'entité commune. Cette objection participe de la problématique de l'application de la jurisprudence *Coditel Brabant*, dans laquelle les critères *Teckal* ont été partiellement adaptés à la coopération intercommunale : en réalité, le critère du contrôle conjoint reste difficile à apprécier et des obstacles ultérieurs pourraient se présenter lorsque les collectivités, outre à exercer un contrôle sur la structure de coopération, se trouvent à devoir prendre des décisions avec un partenaire privé à son interne. Cet enjeu n'est pas négligeable, dès lors que la dimension intercommunale constitue l'un des aspects principaux des conditions d'exercice des activités d'intérêt général par les personnes publiques avec leurs propres moyens.

## **B. Les conditions de la réussite des sociétés publiques locales**

« Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi » : en répondant à des questions sur la loi du 28 mai 2010, la directrice des affaires juridiques du Ministère de l'Economie Catherine Bergeal a adressé cet appel aux élus locaux<sup>109</sup>. Elle a donc voulu rappeler le caractère limité des SPL, qui ne doivent pas se transformer en un instrument d'empiètement des collectivités locales sur l'activité économique des opérateurs privés. Elle a évoqué également l'alternative dont disposent les collectivités locales entre la DSP-

---

<sup>109</sup> DE MONTECLER (M.-C.), PASTOR (J.-M.), « Questions à Catherine Bergeal », *AJDA*, 2010, p. 1228-1229

loi Sapin et la DSP-SPL pour échapper à une éventuelle extension des règles des directives sur les marchés aux concessions. Néanmoins, les Professeurs François Llorens et Pierre Soler-Couteaux ont souligné, en commentant la loi du 28 mai 2010, que le choix d'une collectivité locale pour la gestion d'un service public ou la réalisation de prestations à travers une SPL est susceptible de se heurter à deux difficultés majeures : d'abord, il est difficile juger de la rationalité économique de l'activité entreprise, dès lors qu'il n'est pas possible de confronter les coûts et les résultats de l'exploitation comme cela arrive en cas de confrontation entre plusieurs offres en concurrence entre elles. En outre, le périmètre limité de l'action de la SPL peut constituer une limite à son efficacité tant économique que technique. Comme le rappelle le Professeur Bertrand Du Marais, « pour la collectivité publique, le profil financier d'une opération en gestion déléguée est très différent de celui d'une opération réalisée directement en régie. Outre les conditions d'exploitation, une opération en régie suppose, en dehors du recours à l'impôt, un financement de nature bancaire. Le profil financier global de l'opération diffère naturellement selon le point de vue de la collectivité publique ou du délégataire »<sup>110</sup>. A ce propos, il peut être intéressant d'évoquer la jurisprudence italienne. Le Conseil d'État italien a précisé les conditions qui permettent l'utilisation efficace d'une société à capitaux entièrement publics<sup>111</sup> : dès lors que ce type d'intervention s'inscrit dans la durée, il est nécessaire de procéder à une analyse coûts-avantages, en comparant l'éventuelle gestion de la part d'une société publique avec celle d'un concessionnaire privé. Dans telle analyse, il serait opportun de comparer les différences des prestations en termes de qualité et d'efficience. Le juge administratif a été amené à annuler pour excès de pouvoir une délibération d'une personne publique qui, en ayant choisi de gérer un service à travers une société, n'avait pas justifié d'un intérêt public ou de l'efficacité économique de telle décision<sup>112</sup>.

L'ensemble de ces considérations sont valables pour la gestion dans le cadre d'une SPL, qui s'inscrit dans l'obligation générale d'équilibre en recettes et en dépenses, formulée pour les SPIC à l'article L. 2224-1 CGCT. Les risques d'une gestion autonome doivent être bien pondérés avant de profiter de cet intéressant instrument qui pourrait produire un renouveau de l'intervention publique locale.

---

<sup>110</sup> DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 350

<sup>111</sup> Consiglio di Stato, 1<sup>er</sup> février 1985, n° 130

<sup>112</sup> Consiglio di Stato, 12 mars 1990, n° 374

## Conclusion de la seconde partie

Il peut être extrêmement difficile de concilier la gestion d'une société publique locale avec la volonté de respecter les critères imposés par la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'*in house*. Les deux critères contenus dans l'arrêt *Teckal*, ainsi que dans les développements successifs, conduisent à mettre en évidence l'ambiguïté qui caractérise les quasi-régies : d'un côté, elles bénéficient d'une personnalité juridique autonome et devraient être utilisées pour identifier clairement l'organisation d'une activité de la personne publique, en permettant de comparer les coûts et les bénéfices, dans un souci d'efficacité. D'un autre côté, elles sont toujours susceptibles d'être « capturées » par les collectivités actionnaires, qui peuvent en disposer comme de leurs propres services. Cette relation est clairement démontrée par le statut des élus mandataires, qui ne sont pas considérés comme des véritables administrateurs d'une entité autonome : si cette situation était déjà présente dans le cadre des SEML, il n'en reste pas moins que le degré d'intégration sera d'autant plus poussé en absence d'actionnaires privés. D'une façon plus générale, l'alignement des SPL sur le régime des SEML peut conduire à douter de leur capacité de remplir les critères *in house*. Le seul élément qui a véritablement changé est la composition du capital, mais il n'est pas certain que ce seul changement soit suffisant. Cette absence d'autonomie des SPL est d'ailleurs destinée à demeurer dans l'avenir compte tenu des difficultés pour le droit français d'intégrer la possibilité de constituer une entité mixte sur le modèle du PPPI. Cette solution est en partie regrettable, parce qu'elle pourrait constituer une modalité intéressante pour l'apport technique et financier de la part des opérateurs privés, mais elle n'est pas dépourvue de risques : d'abord, les collectivités qui concluent un tel accord peuvent être conduites à assumer les charges les plus onéreuses, en permettant au partenaire privé de minimiser sa contribution. Cela peut arriver notamment en cas de difficultés dans la gestion des activités objet du partenariat, si les règles relatives à la répartition des responsabilités n'ont pas été clairement définies ou, de façon encore plus radicale, en cas de retrait de l'un des partenaires. De toute façon, même dans le cas des sociétés créées sur le modèle de la loi du 28 mai 2010, les collectivités territoriales (et les autres organes chargés du contrôle au sein de l'administration) doivent être extrêmement vigilantes, dès lors qu'elles sont susceptibles de devoir répondre de l'ensemble des décisions prises par les organes sociaux.

# Conclusion générale

Convient-il d'appliquer la distinction posée par René Chapus entre les activités de plus grand service et les activités de plus grand profit aux sociétés publiques locales et, plus généralement, à l'évolution des modalités de gestion des services publics locaux ? Ces nouvelles structures représentent l'une des nombreuses remises en cause de la distinction entre droit public et droit privé, qui devient d'autant plus évidente sous la pression du droit de l'Union européenne. L'élément le plus frappant dans l'utilisation de ce nouvel instrument est la constatation de l'adaptation des droits nationaux aux évolutions du droit de l'Union, jusqu'aux instruments d'intervention des collectivités publiques et à leurs modalités d'action : il s'agit de saisir les rares marges de manœuvre laissées aux pouvoirs publics pour continuer à exercer les activités qu'ils ont historiquement exercées, sans se soucier des règles de mise en concurrence.

Ce fondement révèle le caractère probablement transitoire de leur validité, dans la perspective d'une évolution globale des modalités d'action des personnes publiques. La jurisprudence sur les prestations intégrées à une vie relativement récente, et a déjà été bousculée par des évolutions, qui ont pu être lues dans le sens d'une plus grande tolérance de la part de la Cour de justice, mais au même temps dans le sens de conditions plus restrictives à celles qui avaient été imposées auparavant. Aucune garantie sur le maintien de cette exception dans un contexte d'application généralisée des principes des traités n'est assurée : au contraire, la perspective dans laquelle la jurisprudence européenne s'inscrit est celle d'une constante uniformisation entre les moyens d'action des personnes publiques et des personnes privées. À terme, il est possible d'imaginer qu'aux collectivités publiques ne sera pas interdit d'intervenir pour leurs collectivités : à la différence de ce qu'il est admis aujourd'hui par la jurisprudence sur les quasi-régie, dans l'avenir les collectivités publiques devront probablement se soumettre aux mêmes procédures que les opérateurs privés pour pouvoir assurer les services à leurs administrés. La séparation entre pouvoirs adjudicateurs et opérateurs, éventuellement à capitaux entièrement publics, sera poussé d'avantage et sera animée par la volonté d'assurer une concurrence loyale. Les autorités européennes ont souvent été soupçonnées de méconnaître le principe de neutralité pour la propriété publique ou privée des entreprises, mais en réalité elles ne considèrent pas que ce principe soit applicable en absence d'une réelle égalité d'armes.

Dans cette évolution, la crainte de l'impossibilité pour les collectivités publiques de pouvoir continuer à assurer les activités d'intérêt général a souvent été exprimée. Il est rappelé que les notions de service public et de service d'intérêt général ne coïncident pas. Il appartient aux instances de l'Union à renforcer la construction européenne et à leur collaboration avec les autorités nationales de veiller au partage entre les activités marchandes et non marchandes, pour garantir le maintien du système social continental. De leur côté, les pouvoirs publics nationaux sont appelés à un effort de responsabilisation pour inscrire leurs actions dans la durée, en conciliant les exigences de service public avec la nécessité de transparence et efficacité : il ne suffira probablement pas d'invoquer la création d'une société publique locale.

# ANNEXES

## **Annexe 1 – Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales**

### *Article 1*

Le livre V de la première partie du code général des collectivités territoriales est complété par un titre III ainsi rédigé :

« TITRE III

« SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

« Art. L. 1531-1.-Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.

« Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.

« 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.

« Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires.

« Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre. »

### *Article 2*

I.-Après les mots : « établissement public », la fin du b de l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales est ainsi rédigée : « ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société ; ».

II.-Le chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la première partie du même code est complété par un article L. 1411-19 ainsi rédigé :

« Art. L. 1411-19.-Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements se prononcent sur le principe de toute délégation de service public à une société publique locale, le cas échéant après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport qui présente le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer la société publique locale délégataire. »

III.-La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques est ainsi modifiée :

1° Après les mots : « établissement public », la fin du b de l'article 41 est ainsi rédigée : « ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société ; » ;

2° Après l'article 47, il est rétabli un chapitre V ainsi rédigé :

« Chapitre V

« Contrôle exercé par les assemblées locales sur les délégations de service public confiées à des sociétés publiques locales

« Art. 48.-Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements se prononcent sur le principe de toute délégation de service public à une société publique locale. Elles statuent au vu d'un rapport qui présente le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer la société publique locale délégataire. »

### *Article 3*

Après le mot : « peuvent », la fin du premier alinéa de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme est ainsi rédigée : « créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales d'aménagement dont ils détiennent la totalité du capital. »

### *Article 4*

Les trois derniers alinéas de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme sont remplacés par quatre alinéas ainsi rédigés :

« Ces sociétés sont compétentes pour réaliser toute opération d'aménagement au sens du présent code. Elles sont également compétentes pour réaliser des études préalables, procéder à toute acquisition et cession d'immeubles en application des articles L. 221-1 et L. 221-2, procéder à toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L. 300-1, ou procéder à toute acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux dans les conditions prévues au chapitre IV du titre Ier du livre II du présent code. Elles peuvent exercer, par délégation de leurs titulaires, les droits de préemption et de priorité définis par le présent code et agir par voie d'expropriation dans les conditions fixées par des conventions conclues avec l'un de leurs membres. « 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. « Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires. « Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du livre V de la première partie du code général des collectivités territoriales. »

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

Fait à Paris, le 28 mai 2010

## **Annexe 2 – Extraits de la jurisprudence de la Cour de justice**

### **1. CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal srl c. Comune di Viano* (C-107/98)**

49 S'agissant de l'existence d'un contrat, le juge national doit vérifier s'il y a eu une convention entre deux personnes distinctes.

50 À cet égard, conformément à l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive 93/36, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

51 Il convient par conséquent de répondre à la question préjudicielle que la directive 93/36 est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non.

**2. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (C-26/03)***

48 Une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics.

49 Conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, précité, point 50). Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, la participation, fût elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

50 Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente.

51 En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive 92/50, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents.

**3. CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (CONAME) c. Comune di Cingia de' Botti (C-231/03)***

24 En effet, à supposer que la nécessité pour une commune d'exercer un contrôle sur le concessionnaire gérant un service public puisse constituer une circonstance objective de nature à justifier une éventuelle différence de traitement, il convient de relever que la participation de 0,97 % est tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre un tel contrôle, comme l'observe la juridiction de renvoi elle-même.

25 À l'audience, le gouvernement italien a fait valoir, en substance, que, contrairement à quelques grandes villes d'Italie, la plupart des communes n'ont pas les moyens pour assurer par des structures internes des services publics, tels que celui de la distribution du gaz sur leur territoire, et se voient donc obligées de recourir à des structures, comme celle de Padania, dans le capital desquelles plusieurs communes ont des participations.

26. À cet égard, il convient de constater qu'une structure telle que celle de Padania ne saurait être assimilée à une structure par laquelle une commune ou une ville gère, de façon interne, un service public. En effet, ainsi qu'il ressort du dossier, Padania constitue une société qui est ouverte, au moins en partie, au capital privé, ce qui empêche de la considérer comme une structure de gestion «interne» d'un service public dans le chef des communes qui en font partie.

#### **4. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG* (C-458/03)**

64 Il convient d'examiner en premier lieu si l'autorité publique concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

65 Cette appréciation doit tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que l'entité concessionnaire en question est soumise à un contrôle permettant à l'autorité publique concédante d'influencer les décisions de ladite entité. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes.

66 Il découle de l'ordonnance de renvoi que, en vertu de l'article 1<sup>er</sup> des statuts de l'entreprise spéciale Stadtwerke Brixen, celle-ci constituait un organisme communal ayant pour fonction spécifique la prestation uniforme et intégrée des services publics locaux. Le conseil communal fixait l'orientation générale, attribuait le capital de dotation, assurait la couverture d'éventuels coûts sociaux, vérifiait les résultats de la gestion et exerçait la supervision stratégique, l'entreprise étant assurée de l'autonomie nécessaire.

67 En revanche, Stadtwerke Brixen AG a acquis une vocation de marché qui rend précaire le contrôle de la commune. Dans ce sens militent:

- a) la transformation de Stadtwerke Brixen – entreprise spéciale de la Gemeinde Brixen – en une société anonyme (Stadtwerke Brixen AG) et la nature de ce type de société ;
- b) l'élargissement de l'objet social, la société ayant commencé à travailler dans de nouveaux domaines importants, notamment ceux du transport de personnes et de marchandises, ainsi que de l'informatique et des télécommunications. Il convient de relever que la société a gardé la vaste gamme d'activités antérieurement exercées par l'entreprise spéciale, notamment celles de l'adduction d'eau et de l'épuration des eaux usées, de la fourniture de chauffage et d'énergie, de l'élimination de déchets et de la construction de routes ;

- c) l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à d'autres capitaux ;
- d) l'expansion du domaine territorial des activités de la société à toute l'Italie et à l'étranger ;
- e) les considérables pouvoirs attribués au conseil d'administration, sans que, pratiquement, s'exerce aucun contrôle gestionnaire de la commune.

68 Concrètement quant aux pouvoirs attribués audit conseil d'administration, il ressort de la décision de renvoi que les statuts de Stadtwerke Brixen AG, notamment leur article 18, donnent à cet organe de très amples pouvoirs de gestion de cette société, puisqu'il dispose de la faculté de prendre tout acte qu'il juge nécessaire à la réalisation de l'objet de la société. En outre, le pouvoir, prévu audit article 18, de constituer des sûretés jusqu'à concurrence de cinq millions d'euros ou de réaliser d'autres opérations sans l'accord préalable de l'assemblée des associés indique que cette société dispose d'une large autonomie par rapport à ses actionnaires.

69 La décision de renvoi indique également que la Gemeinde Brixen a le droit de désigner la majorité des membres du conseil d'administration de Stadtwerke Brixen AG. Cependant, la juridiction de renvoi souligne que le contrôle exercé par cette commune sur Stadtwerke Brixen AG se limite pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés, ce qui atténue de manière considérable le rapport de dépendance qui existait entre ladite commune et l'entreprise spéciale Stadtwerke Brixen, eu égard surtout aux amples pouvoirs dont dispose le conseil d'administration de Stadtwerke Brixen AG.

70 Lorsqu'une entité concessionnaire jouit d'une marge d'autonomie caractérisée par des éléments tels que ceux relevés aux points 67 à 69 du présent arrêt, il est exclu que l'autorité publique concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

##### **5. CJCE, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés Européennes c. République d'Autriche (C-29/04)***

38 Sans qu'il soit nécessaire de trancher la question de savoir si la détention, par la municipalité de Mödling, de l'intégralité du capital de la société Abfall à la date de l'attribution du marché public de services suffisait à établir que cette collectivité exerçait sur la société Abfall un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, il y a lieu de relever que la date pertinente en l'espèce pour apprécier si les dispositions de la directive 92/50 devaient être appliquées n'est pas la date effective de l'attribution du marché public en cause. Même s'il est vrai que pour des raisons de sécurité juridique il convient en général d'examiner l'éventuelle obligation pour le pouvoir adjudicateur de procéder à un appel d'offres public au vu des conditions prévalant à la date de l'attribution du marché public en cause, les circonstances particulières de la présente affaire requièrent la prise en considération des événements survenus ultérieurement.

39 Il convient de rappeler que la cession de 49 % des parts de la société Abfall est intervenue peu après que cette société a été chargée, à titre exclusif et pour une durée indéterminée, de la collecte et du traitement des déchets de la ville de Mödling. En outre, la société Abfall n'est devenue opérationnelle qu'après que la société Saubermacher a repris une partie de ses parts.

40 Ainsi, il est constant que, par le biais d'une construction artificielle comprenant plusieurs phases distinctes, à savoir la création de la société Abfall, la conclusion avec celle-ci du contrat d'élimination des déchets et la cession de 49 % des parts de cette société à la société Saubermacher, un marché public de services a été attribué à une entreprise d'économie mixte dont 49 % des parts sont détenus par une entreprise privée.

41 Dès lors, l'attribution de ce marché doit être examinée en tenant compte de l'ensemble de ces phases ainsi que de leur finalité et non pas en fonction du déroulement strictement chronologique de celles-ci, comme le propose le gouvernement autrichien.

**6. CJCE, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA (C-410/04)***

30 Si, pendant la durée du contrat en cause au principal, le capital d'AMTAB Servizio est ouvert à des actionnaires privés, l'effet d'une telle situation serait d'attribuer une concession de services publics à une société d'économie mixte sans mise en concurrence, ce qui porterait atteinte aux objectifs poursuivis par le droit communautaire (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, non encore publié au Recueil, point 48).

31 En effet, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique concédante exclut en tout état de cause que cette autorité publique puisse exercer sur une telle société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (voir, en ce sens, arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, point 49).

32 Dès lors, pour autant que la société concessionnaire est une société ouverte, même en partie, au capital privé, cette circonstance empêcherait de la considérer comme une structure de gestion «interne» d'un service public dans le chef de la collectivité territoriale qui la détient (voir, en ce sens, arrêt Coname, précité, point 26).

**7. CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA (C-340/04)***

37 La circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur

exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du point 50 de l'arrêt Teckal, précité.

38 Il résulte du dossier de l'affaire que les statuts d'AGESP Holding et d'AGESP attribuent au conseil d'administration de chacune de ces sociétés les pouvoirs les plus étendus pour la gestion ordinaire et extraordinaire de la société. Ces statuts ne réservent à la commune de Busto Arsizio aucun pouvoir de contrôle ou droit de vote particulier pour restreindre la liberté d'action reconnue à ces conseils d'administration. Le contrôle exercé par la commune de Busto Arsizio sur ces deux sociétés se résume pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés, ce qui limite de manière considérable son pouvoir d'influencer les décisions de ces sociétés.

39 En outre, l'influence éventuelle de la commune de Busto Arsizio sur les décisions d'AGESP s'exerce par l'intermédiaire d'une société holding. L'intervention d'un tel intermédiaire peut, selon les circonstances du cas d'espèce, affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital.

[...]

47 Par conséquent, il convient de répondre à la première question que la directive 93/36 s'oppose à l'attribution directe d'un marché de fournitures et de services, dans lequel la valeur des fournitures est prépondérante, à une société par actions dont le conseil d'administration possède d'amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome et dont le capital est, dans l'état actuel des choses, intégralement détenu par une autre société par actions dont l'actionnaire majoritaire est, à son tour, le pouvoir adjudicateur.

[...]

61 En effet, une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs.

62 Encore faut-il que les prestations de cette entreprise soient substantiellement destinées à cette seule collectivité. Dans de telles limites, il apparaît justifié que cette entreprise échappe aux contraintes de la directive 93/36, celles-ci étant dictées par le souci de préserver une concurrence qui n'a, en ce cas, plus lieu d'être.

63 Par application de ces principes, on ne peut considérer que l'entreprise en cause réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, au sens de l'arrêt Teckal, précité, que si l'activité de cette entreprise est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal.

[...]

70 Dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble.

71 Par conséquent, l'activité à prendre en compte dans le cas d'une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités.

**8. CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado (C-295/05)***

60 En effet, il paraît découler des articles 88, paragraphe 4, de la loi 66/1997 ainsi que 3, paragraphes 2 à 6, et 4, paragraphes 1 et 7, du décret royal 371/1999 que Tragsa est tenue de réaliser les commandes qui lui sont confiées par les pouvoirs publics, y compris les communautés autonomes. Il semble également résulter de cette réglementation nationale que, comme en ce qui concerne l'État espagnol, dans le cadre de ses activités avec ces dernières en tant que moyen instrumental propre et service technique, Tragsa ne dispose pas de la possibilité de fixer librement le tarif de ses interventions et que ses rapports avec lesdites communautés ne sont pas de nature contractuelle.

61 Il semble donc que Tragsa ne saurait être considérée comme un tiers par rapport aux communautés autonomes qui détiennent une partie de son capital.

62 S'agissant de la seconde condition, relative au fait que l'essentiel de l'activité de Tragsa doit être réalisé avec la ou les collectivités publiques qui possèdent cette société, il résulte de la jurisprudence que, dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, ladite condition peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité non pas nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces dernières prises dans leur ensemble (arrêt Carbotermo et Consorzio Alisei, précité, point 70).

63 Dans l'affaire au principal, ainsi qu'il résulte du dossier, Tragsa réalise plus de 55 % en moyenne de son activité avec les communautés autonomes et près de 35 % de celle-ci avec l'État. Il apparaît ainsi que l'essentiel de l'activité de cette société est réalisé avec les collectivités et les organismes publics qui la détiennent.

64 Dans ces conditions, et sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, il y a lieu de considérer que les deux conditions requises par la jurisprudence citée au point 55 du présent arrêt sont remplies en l'espèce.

**9. CJCE, 17 juillet 2008, *Commission des Communautés européennes c. République italienne* (C-371/05)**

25 La République italienne a fait valoir, sans être contredite sur ce point par la Commission, que la commune de Mantoue avait la faculté, en raison de son statut d'actionnaire majoritaire d'ASI, de nommer les membres des organes de direction et d'orienter l'activité de cette société. Elle a également indiqué que, en application de la convention, le conseil municipal de ladite commune fixait, par des délibérations, les frais de fonctionnement de ladite société et que la commune de Mantoue s'était réservée la possibilité de procéder à certaines vérifications, d'une part, par la désignation d'un fonctionnaire communal chargé de collaborer à l'action d'ASI, de stimuler et de contrôler cette action et, d'autre part, par le contrôle de la comptabilité de ladite société afin de s'assurer de l'application des règles d'exactitude comptable et des normes de garantie prévues par ladite convention.

26 Il en résulte que ladite commune avait la faculté d'influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes d'ASI par la désignation des membres des organes de direction de cette société et d'un fonctionnaire communal chargé d'orienter et de contrôler l'action de celle-ci. Ladite faculté suffit à caractériser l'existence d'un pouvoir de contrôle structurel et fonctionnel de la commune de Mantoue sur ladite société analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, de sorte que la première condition posée par la Cour au point 50 de l'arrêt Teckal, précité, est remplie.

27 La Commission fait cependant valoir que ladite condition ne pouvait être remplie dès lors que, premièrement, au moment de la conclusion de la convention, deux organismes de droit privé, à savoir TEA Spa et APAM Spa, détenaient des participations dans le capital d'ASI et que, deuxièmement, à supposer même que cette dernière soit une société à capital entièrement public, la participation d'associés privés était explicitement prévue dès sa constitution.

28 Or, s'agissant du premier argument soulevé par la Commission, il suffit de constater que celle-ci n'a pas contesté les informations fournies par la République italienne dans le mémoire en duplique, selon lesquelles les deux sociétés en question étaient elles aussi des entreprises communales.

29 En ce qui concerne le second argument soulevé par la Commission, il y a lieu de relever que la possibilité pour des personnes privées de participer au capital de la société adjudicataire, eu égard notamment à la forme sociale de ladite société, ne suffit pas, en l'absence d'une participation effective de leur part au moment de la conclusion d'une convention telle que celle en cause dans la présente affaire, pour conclure que la première condition, relative au contrôle de l'autorité publique, n'est pas remplie. En effet, pour des raisons de sécurité juridique, l'éventuelle obligation pour le pouvoir adjudicateur de procéder à un appel d'offres public doit être examinée, en principe, au vu des conditions prévalant à la date de l'attribution du marché public en cause (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-29/04, Rec. p. I-9705, point 38).

[...]

33 À cet égard, il ressort des pièces présentées par la République italienne que, s'il est tenu compte des activités réalisées par ASI non pas uniquement en faveur de la commune de Mantoue mais pour toutes les collectivités qui la détiennent, ces activités peuvent être considérées comme étant consacrées essentiellement auxdites collectivités.

**10. CJCE, 13 octobre 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale* (C-324/07)**

45 Il serait cohérent avec le raisonnement sous-tendant cette jurisprudence de considérer que la condition relative au contrôle qu'exercent les autorités publiques puisse également être satisfaite en tenant compte du contrôle exercé conjointement sur l'entité concessionnaire par les autorités publiques qui la détiennent.

46 La jurisprudence exige que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par une autorité publique concédante soit analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais non pas qu'il soit identique en tous points à celui-ci (voir, en ce sens, arrêt *Parking Brixen*, précité, point 62). Il importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel.

47 D'autre part, dans le cas où plusieurs autorités publiques choisissent d'effectuer leurs missions de service public en ayant recours à une entité concessionnaire commune, il est normalement exclu que l'une de ces autorités, à moins qu'elle ne détienne une participation majoritaire dans cette entité, exerce seule un contrôle déterminant sur les décisions de cette dernière. Exiger que le contrôle exercé par une autorité publique en pareil cas soit individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendrait s'affilier à un groupement composé d'autres autorités publiques, tel qu'une société coopérative intercommunale.

48 Or, un tel résultat ne serait pas conforme au système des règles communautaires en matière de marchés publics et de concessions. En effet, il est admis qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services (arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau*, précité, point 48).

49 Cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public peut être exercée en collaboration avec d'autres autorités publiques (voir, en ce sens, arrêt *Asemfo*, précité, point 65).

50 Il convient donc d'admettre que, dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité concessionnaire à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le

contrôle que ces autorités publiques exercent sur cette entité peut être exercé conjointement par ces dernières.

51 S'agissant d'un organe collégial, la procédure utilisée pour la prise de décision, notamment le recours à la majorité, est sans incidence.

**11. CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne* (C-480/06)**

37 Cependant, il y a lieu de relever que le contrat litigieux instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination de déchets. Il y a lieu de rappeler que cette mission se rattache à la mise en œuvre de la directive 75/442/CEE du Conseil, du 15 juillet 1975, relative aux déchets (JO L 194, p. 39), qui oblige les États membres à établir des plans de gestion des déchets prévoyant, en particulier, «les mesures appropriées pour encourager la rationalisation de la collecte, du tri et du traitement des déchets», l'une des plus importantes de ces mesures étant, en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 91/156/CEE du Conseil, du 18 mars 1991, modifiant la directive 75/442 (JO L 78, p. 32), la recherche d'un traitement des déchets dans une installation la plus proche possible.

38 En outre, il est constant que le contrat passé entre les services de voirie de la ville de Hambourg et les Landkreise concernés doit être analysé comme l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale entre les parties à celui-ci et qu'il comporte des exigences propres à assurer la mission d'élimination des déchets. Il a, en effet, pour objet de permettre à la ville de Hambourg de construire et de faire exploiter une installation de traitement de déchets dans les conditions économiques les plus favorables grâce aux apports en déchets des Landkreise voisins, ce qui permet d'atteindre une capacité de 320 000 tonnes. La construction de cette installation n'a, pour cette raison, été décidée et réalisée qu'après l'accord des quatre Landkreise concernés d'utiliser la centrale et leur engagement correspondant.

[...]

44 Il apparaît ainsi que le contrat litigieux constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public, à savoir la valorisation thermique des déchets. Ledit contrat n'a été conclu que par des autorités publiques, sans la participation d'une partie privée, et il ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'installation de traitement des déchets.

**12. CJCE, 10 septembre 2009, *Sea srl c. Comune di Ponte Nossa* (C-573/07)**

49 Certes, il ne peut pas être exclu que des parts d'une société soient vendues à tout moment à des tiers. Cependant, admettre que cette simple possibilité puisse indéfiniment tenir en suspens l'appréciation quant au caractère public ou non du capital d'une société adjudicataire d'un marché public ne serait pas conforme au principe de sécurité juridique.

50 Si le capital d'une société est entièrement détenu par le pouvoir adjudicateur, seul ou avec d'autres autorités publiques, au moment où le marché concerné est attribué à cette société, l'ouverture du capital de celle-ci à des investisseurs privés ne peut être prise en considération que s'il existe, à ce moment-là, une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture.

51 Il en résulte que, dans une situation telle que celle au principal, où le capital de la société adjudicataire est entièrement public et où il n'y a aucun indice concret d'une ouverture prochaine du capital de cette société à des actionnaires privés, la simple possibilité pour des personnes privées de participer au capital de ladite société ne suffit pas pour conclure que la condition relative au contrôle de l'autorité publique n'est pas remplie.

52 Cette conclusion n'est pas infirmée par les considérations figurant au point 26 de l'arrêt du 21 juillet 2005, *Coname* (C-231/03, Rec. p. I-7287), selon lesquelles le fait qu'une société telle que celle en cause dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt soit ouverte aux capitaux privés empêche de la considérer comme une structure de gestion interne d'un service public dans le chef des communes qui en font partie. En effet, dans cette affaire, un service public avait été attribué à une société dont le capital était non entièrement public, mais majoritairement public, et donc mixte, au moment de cette attribution (voir arrêt *Coname*, précité, points 5 et 28).

53 Il convient toutefois de préciser que, dans l'hypothèse où un marché aurait été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public dans les conditions indiquées au point 51 du présent arrêt, le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence.

**13. CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et a.* (C-196/08)**

58 Toutefois, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 85 de ses conclusions, le recours à une double procédure de mise en concurrence serait difficilement compatible avec l'économie procédurale qui inspire les partenariats public-privé institutionnalisés, tels que celui en cause au principal, dont la mise en

place réunit en une seule démarche le choix d'un partenaire économique privé et l'attribution de la concession à l'entité à capital mixte à créer à cette seule fin.

59 Si l'absence de mise en concurrence dans le cadre de l'attribution de services apparaît inconciliable avec les articles 43 CE et 49 CE et avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, la sélection de l'associé privé dans le respect des exigences rappelées aux points 46 à 49 du présent arrêt et le choix des critères de sélection de l'associé privé permettent de remédier à cette situation, dès lors que les candidats doivent établir, outre leur capacité à devenir actionnaire, avant tout leur capacité technique à fournir le service et les avantages économiques et autres découlant de leur offre.

60 Dans la mesure où les critères de sélection de l'associé privé sont fondés non seulement sur les capitaux apportés, mais également sur la capacité technique de cet associé et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir, et que cet associé se voit, comme en l'espèce au principal, confier l'activité opérationnelle du service en question et donc la gestion de celui-ci, l'on peut considérer que la sélection du concessionnaire résulte indirectement de celle dudit associé qui a eu lieu au terme d'une procédure respectant les principes du droit communautaire, en sorte qu'une seconde procédure de mise en concurrence en vue de la sélection du concessionnaire ne se justifierait pas.

61 Le recours, dans une telle situation, à une double procédure de sélection du partenaire privé de la société à capital mixte, d'abord, et d'attribution de la concession à ladite société, ensuite, serait de nature à décourager les entités privées et les autorités publiques de constituer des partenariats public-privé institutionnalisés, tels que celui en cause au principal, en raison de la durée inhérente à la mise en œuvre de telles procédures et de l'incertitude juridique en ce qui concerne l'attribution de la concession au partenaire privé préalablement sélectionné.

### **Annexe 3 – Extrait de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1993, n° 92-316 DC**

#### **SUR LES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC**

En ce qui concerne l'article 41 :

44. Considérant que les députés auteurs de la première saisine font valoir que les dérogations prévues par l'article 41 pour certains établissements et entreprises aux dispositions de la loi relatives aux délégations de service public portent atteinte au principe d'égalité ;

45. Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement soit en rapport avec la loi qui l'établit ;

46. Considérant que des entreprises détenant légalement un monopole pour l'ensemble des activités correspondant aux délégations en cause ou des établissements publics qui par nature relèvent directement et exclusivement de l'État ou des collectivités territoriales sont dans des situations différentes des autres organismes susceptibles d'obtenir des délégations de service public au regard des objectifs de transparence et de concurrence poursuivis par la loi ; que, dès lors, leur exclusion du champ d'application des dispositions de la loi relatives aux délégations de service public n'est pas contraire à la Constitution ;

47. Considérant en revanche que la loi exclut de l'application de ces dispositions, à l'exception de celles des articles 40 et 42, toutes les sociétés dont le capital est directement ou indirectement majoritairement détenu par la collectivité délégante à la seule condition que l'activité déléguée figure expressément dans leurs statuts ; que ces dispositions qui portent sur la publicité préalable aux négociations, sur les formalités d'examen des offres et sur l'exigence d'un contrôle préalable de l'assemblée délibérante sur l'attribution des délégations méconnaissent le principe d'égalité ; qu'en effet elles ne peuvent se justifier ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités, ni par les difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre ;

48. Considérant que dès lors il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution au b) de l'article 41 de la loi les mots : "... ou à une société dont le capital est, directement ou indirectement, majoritairement détenu par la collectivité délégante... ou de la société. Toutefois, lorsque la délégation a lieu au bénéfice d'une société d'économie mixte, les articles 40 et 42 sont applicables" ;

## **Annexe 4 – Extraits de la jurisprudence administrative**

### **1. CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, n° 77.935**

Considérant, d'autre part, que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services ; que l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie, est conforme à l'intérêt général ;

**2. CE, 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218967**

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 6 de la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993, lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de passer un marché public de fournitures avec une entité distincte de lui, ce marché, si son montant hors taxe sur la valeur ajoutée est égal ou supérieur à 200 000 écus, doit faire l'objet de procédures de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'UGAP est un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial sur lequel l'État n'exerce pas un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; qu'en outre, aucun des clients de l'UGAP, et notamment pas l'État, ne représente à lui seul une part essentielle de l'activité de l'UGAP ; qu'ainsi, les dispositions susmentionnées de la directive sont applicables aux marchés que l'UGAP passe avec ses clients, dont elle est une entité distincte ; que, par suite, la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE est fondée à soutenir que les dispositions de l'article 25 du décret litigieux sont contraires à la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993, en tant qu'elles dispensent d'appel à la concurrence les marchés d'un montant égal ou supérieur à 200 000 écus hors taxe sur la valeur ajoutée, par lesquels un pouvoir adjudicateur achète des fournitures à l'UGAP ;

**3. CE, Section, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736**

Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification 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, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public.

**4. CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)*, n° 300481**

Considérant, d'autre part, que les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins ; qu'elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics ; que, si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel ; que cet organisme peut notamment prendre la forme d'un groupement d'intérêt public créé en application des dispositions de l'article L. 6134-1 du code de la santé publique en vue d'assurer certaines prestations répondant aux besoins de ses membres ; que, par suite, et alors même qu'en l'espèce l'article 9 de la convention constitutive du GIP-Symaris prévoit le paiement par les nouveaux membres, au titre de la contribution au fonctionnement du groupement, d'un droit d'usage du logiciel qu'il a développé, le syndicat requérant n'est pas fondé à soutenir que la création de ce groupement a été approuvée en méconnaissance des règles applicables aux marchés publics.

**5. CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris*, n° 07PA02380**

Considérant qu'il est vrai que dans un arrêt C-324/98 Telaustria du 7 décembre 2000, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que les entités adjudicatrices étaient tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence consistant à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ; que toutefois, à supposer même, ce que la VILLE DE PARIS conteste d'ailleurs, que l'OPAC de Paris puisse être regardé comme un opérateur économique engagé sur le marché de la gestion d'immeubles destinés à la location à usage d'habitation et que l'approbation de la conclusion d'un bail emphytéotique entre cette collectivité publique et cet établissement public entre, en principe, dans le cadre de la jurisprudence découlant de l'arrêt Telaustria précité, il résulte de l'instruction que le bail en cause doit être qualifié de contrat de quasi-régie ( in house ) exclu du champ d'application des règles de publicité et de concurrence ; qu'en effet, d'une part, le conseil d'administration de l'OPAC de Paris était, à la date de la délibération attaquée, majoritairement composé de représentants de la VILLE DE PARIS et de représentants de l'État ; que cet établissement public, qui a pour objet statutaire le logement social et intermédiaire, était soumis à un contrôle permettant à la VILLE DE PARIS et à l'État

d'influencer de manière déterminante tant ses objectifs stratégiques que ses décisions importantes ; qu'ainsi, la VILLE DE PARIS et l'État exerçaient sur l'OPAC de Paris un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services au sens de l'arrêt C-324/07 Coditel Brabant SA du 13 novembre 2008 de la Cour de justice des Communautés européennes ; que, d'autre part, il résulte de l'instruction que les prestations de l'OPAC de Paris, qui consistent à gérer des logements sociaux et intermédiaires et à financer la construction de nouveaux logements dans le cadre des politiques de logement social définies par la VILLE DE PARIS et par l'État, sont rendues essentiellement au bénéfice de ces collectivités publiques ; que, dans ces conditions, l'établissement public en cause réalise l'essentiel de son activité avec les autorités qui la détiennent au sens de l'arrêt C-295/05 Asemfo du 19 avril 2007 de la Cour de justice des communautés européennes alors même que l'OPAC est principalement rémunéré par les locataires des logements qu'il gère et non par la Ville et par l'État ; qu'il suit de là que la VILLE DE PARIS est fondée à soutenir qu'en se fondant sur la méconnaissance des règles fondamentales du traité instituant la Communauté européenne et notamment ses articles 43 et 49 pour annuler la délibération attaquée, le Tribunal administratif de Paris a entaché son jugement d'erreur de droit.

## Annexe 5 – Tableau récapitulatif des SPL existantes

DÉNOMINATION	LIEU D'IMPLANTATION	DOMAINE D'ACTIVITÉ	ACTIONNARIAT
SPL2A	Angers	Aménagement	Comm. Angers, Angers Loire Metropole
Assistance départementale pour les territoires de l'Oise	Beauvais	Assistance à maîtrise d'ouvrage	Cons. gén. Oise, diverses collectivités
Eau du Ponant	Brest	Eau et assainissement	Synd. du Chenal du Four ; Synd. intercomm. de Kermorvan de Kersauzon ; SIVU des eaux de Landerneau ; Brest métropole océane comm. urb.
Les marchés d'Auvergne	Chomelix	Equipements de loisirs	ND
SPL Gestion aménagement construction	Dreux	Aménagement	Dreux agglomération, Commune de Dreux
Société publique régionale de l'Abbaye de Fontevraud (SOPRAF)	Fontevraud	Gestion d'équipements de loisirs	Comm. aggro. Saumur Loire développement, Dép. Loire, Cons. rég. Pays de la Loire

SPL Rives de Meuse	Givet	Gestion d'équipements de loisirs	ND
SPL Village Vacances Là O	La Bruyère	Gestion d'équipements touristiques	Parc naturel rég. Livradois Forez, comm. Courpière et comm. Pays d'Olliergues
SEMIDEP-CIOTAT	La Ciotat	Aménagement	Commune de La Ciotat, Comm. urb. Marseille, Cons. rég. Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Dép. des Bouches-du-Rhône
Antonnière services plus	La Milesse	Logements sociaux	Trois communes, Comm. Antonnière
SAREMM	Metz	Aménagement	Comm. agglo. Metz métropole, diverses collectivités
Languedoc-Roussillon Agence de développement (LRAD)	Montpellier	Développement économique	ND
SPL Grand Nancy Habitat	Nancy	Politique de l'habitat	Comm. urb. Grand Nancy, ville de Nancy
Société d'exploitation de la cité des congrès de Nantes	Nantes	Développement territorial et tourisme d'affaires	Cons. gén. Loire-Atlantique, Commune de Nantes, Comm. urb. Nantes métropole, divers collectivités
Le voyage à Nantes	Nantes	Gestion d'équipements culturels	Comm. Loire et Sillon, Cœur d'Estuaire et Sud Estuaire ; Ville de St Nazaire, Comm. urb. de Nantes métropole, Rég. Pays-de-la-Loire, Dép. Loire Atlantique, Commune de Nantes
Société publique régionale des Pays de la Loire	Nantes	Construction	La Roche sur Yon agglomération, Nantes métropole, Le Mans métropole, Laval agglo, CARENE, Angers Loire métropole, Cons. rég. des Pays de la Loire
SPL Palais Beaumont	Pau	Gestion d'équipements culturels	Comm. agglo. Pau, commune de Pau
SPL Perpignan Méditerranée	Perpignan	Aménagement	31 communes ; comm. agglo. Perpignan-Méd.
Société de gestion de la nouvelle fabrique écologique (SGNFE)	Poitiers	Aménagement	Comm. agglo. Pays Chatelleraudais, Région Poitou-Charentes
SPL Office de tourisme Mandrin Chambaran	Roybon	Développement territorial et tourisme d'affaires	Divers collectivités

SPL Sports Loirirs Marchés de Bretagne	Saint-Etienne-en-Cogles	Gestion d'équipements de loisirs	2 communes ; Coglais communauté
SPL Domolandes	Saint-Geours-de-Maremne	Développement économique	ND
STRAN	Saint-Nazare	Transport urbain de voyageurs	9 communes, CA.RE.NE.
SPL Saumur Agglo Bus	Saumur	Transport urbain de voyageurs	Commune de Saumur, Comm. agglo. Saumur Loire développement, divers collectivités
SPL MPC	Toulouse	Aménagement	Cons. rég. Midi- Pyrenées; diverses communes
SPL Tours Val-de-Loire Tourisme	Tours	Gestion d'équipements culturels	Mission Val-de-Loire, Ville et comm. agglo. Tours
SPL Villefranchoise	Villefranche-sur-mer	Aménagement	ND
SPL Eaux Barousse Comminges Save	Villeune-de-Rivière	Eau et assainissement	Cons. gén. du Gers
SPL Villenoy Chauconin-Neufmontiers	Villenoy	Aménagement	Communes de Chauconin- Neufmontiers

ND = non disponible

Source : annuaire sur le site de la Fédération des Entreprises publiques locales [www.lesepl.fr](http://www.lesepl.fr)

# Table de jurisprudence

## 1. Jurisprudence de la Cour de justice

**CJCE, 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG et a. c. Strohal Rotationsdruck GesmbH, aff. C-44/96** ; Rec. CJCE 1998, I-73 ; *CJEG*, 1998, p. 239, note Ch. Bréchon-Moulènes et L. Richer

**CJCE, 18 novembre 1999, Teckal srl c. Comune di Viano, aff. C-107/98** ; Rec. CJCE 1999, I-8121 ; *BJCP* 1999, n° 8, p. 43, concl. Cosmas et obs. Maugüé ; *D.* 1999, p. 276

**CJCE, 7 décembre 2000, Arge Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, aff. C-94/99** ; Rec. CJCE 2000 I-11037, concl. Ph. Léger ; *BJCP*, 2001, p. 121, concl. et obs. C. Maugüé ; *CMP*, 2001, n° 34, note P. Soler-Couteaux ; *LPA*, 20 mars 2001, n° 56, p. 14, note Y. Claisse

**CJCE, 7 décembre 2000, Telaar Austria Verglas GmbH et Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG, aff. C-324/98** ; Rec. CJCE 2000, I-10745, concl. N. Fennely ; *AJDA*, 2001, p. 106, note L. Richer

**CJCE, 27 février 2003, Adolf Truley Wien GmbH c. Bestattung Wien GmbH, aff. C-373/00** ; Rec. CJCE 2003, I-1931 ; *AJDA*, 2003, p. 1228, note J.-D. Dreyfus

**CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, aff. C-26/03** ; Rec. CJCE 2005, I-1 ; *AJDA* 2005, p. 898, note F. Rolin ; *AJDA*, 2005, p. 1113, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, et C. Lambert ; *BJCP* 2005, n° 40, p. 180, concl. C. Stix-Hackl, note C. Maugüé ; *CP-ACCP*, 41/2005, p. 7 et 42/2005, p. 45, note D. Capitant ; *Dr. adm.*, 2005, comm. 36, note A. Alonso Garcia et A. Mailliard ; *CMP* 2005, comm. n° 68, obs. G. Eckert ; *Mon. TP*, 11 févr. 2005, p. 72, obs. T. Millett ; *Mon. TP*, 25 févr. 2005, p. 76, comm. N. Charrel et L. Ducroux ; *RDUE*, 4/2005, p. 845, note B. Kotschy ; *JCP G*, 2005, I, 145, p. 1121, note C. Boiteau ; *JCP A*, 2005, n° 1024, p. 254

**CJCE, 21 juillet 2005, Consorzio Aziende Metano (CONAME) c. Comune di Cingia de' Botti, aff. C-231/03** ; Rec. CJCE 2005, I-7287 ; *AJDA*, 2005, p. 2340, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *BJCP*, 2005, concl. C. Stix-Hackl, obs. R. Schwartz ; *CMP*, 2005, n° 280, note W. Zimmer, *CP-ACCP*, 50/2005, p. 65 ; *Mon. TP*, 20 janv. 2006, p. 74, comm. C. Cabanes et B. Neveu

**CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, aff. C-458/03** ; Rec. CJCE, I-8612 ; *AJDA* 2005, p. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *CMP*, 2005, comm. n° 306, G. Eckert ; *BJCP*, 2005, p. 454, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *CP-ACCP*, 50/2005, p. 65, note L. Richer ; *Dr. adm.*, 2005, n° 167, obs. Ménéménis ; *JCP A*, 2005, n° 1364, p. 1712, note M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak

**CJCE, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes c. République d'Autriche*, aff. C-29/04** ; Rec. CJCE 2005, I-9705 ; *CMP*, 2005, comm. n° 2, obs. G. Eckert ; *D.* 2006 jur. p. 423, note M. Dreyfuss ; *Europe*, 2006, n° 16, note E. Meisse ; *LPA*, 19 janv. 2006, n° 14, p. 6, note M. Peltier

**CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari*, aff. C-410/04** ; Rec. CJCE 2006, I-3303 ; *AJDA* 2006, p.790 ; *CMP*, 2006, comm. n° 131, obs. W. Zimmer ; *Europe* 2006, n° 189, note E. Meisse, *Lamy Droit public des affaires*, mai 2006, n° 102, comm. D. De Roy

**CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c. Commune de Busto Arsizio et Agesp SpA*, aff. C-340/04** ; Rec. CJCE, 2006, I-4137 ; *AJDA* 2006, p. 1013, obs. E. Royer ; *BJCP*, 2006, p. 273, concl. C. Stix-Hackl, obs. R. Schwartz ; *CMP* 2006, comm. 203, note G. Eckert ; *CP-ACCP* févr. 2007, obs. Millet ; *Dr. adm.* 2006, n° 10, comm. 148, obs. A. Ménéménis ; *Europe* 2006, n° 212, note E. Meisse ; *JCP A*, 2006, 1238, note D. Szymczak

**CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA, Administración del Estado*, aff. C-295/05** ; Rec. CJCE 2007, I-2999 ; *AJDA* 2007, p. 1117, chron. E. Broussy, F. Donat et Chr. Lambert et 2007, p. 1759, note E. de Fenoyl ; *BJCP*, 2007, p. 297, obs. R. Schwartz ; *Dr. adm.*, 2007, n° 7, comm. 101, obs. A. Ménéménis ; *Europe* 2007, comm. 163, obs. E. Meisse ; *JCP A*, 2007, n° 2315, note C. Gauthier

**CJCE, 18 décembre 2007, *Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado*, aff. 220/06** ; Rec. CJCE 2007, I-12175 ; *AJDA*, 2008, p. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *Dr. adm.*, 2008, comm. n° 34, obs. Lichère ; *CMP*, 2008, comm. n° 32, obs. W. Zimmer ; *Europe*, 2008, n° 45, note L. Idot ; *LPA*, 1<sup>er</sup>-2 mars 2008, n° 88, p. 9, note G. Galley

**CJCE, 17 juillet 2008, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. C-371/05** ; Rec. CJCE 2008, I-110 ; *AJDA*, 2008, p. 2337, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *BJCP*, 2008, p. 343, obs. R. S. ; *CMP*, 2008, comm. 183, note W. Zimmer ; *RDI*, 2008.500, obs. R. Nougellou ; *RJEP*, 2008, comm. n° 51, note F. Donnat

**CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07** ; Rec. CJCE 2008, I-8457 ; *AJDA* 2008, p. 2327, chr. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *BJCP*, 2009, p. 62, obs. R. Schwartz ; *CMP*, 2009, repère 1, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *CMP*, comm. 4, W. Zimmer ; *CMP*, 2009, comm. n° 34, note W. Zimmer ; *Dr. adm.*, 2009, comm. n° 22, note R. Caranta ; *Europe*, 2009, n° 27, note D. Simon ; *JCP A*, 2009, n° 2189, obs. S. Martin ; *RDI*, 2009.115, obs. R. Nougellou

**CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06** ; Rec. CJCE 2009, I-4747 ; *AJDA*, 2009, p. 1131 ; *AJDA*, 2009 p. 1535, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *AJDA*, 2009, p. 1715, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *BJCP*, 2009, p. 371, obs.

Ph. Terneyre ; *JCP A*, 2009, 2158, n° 27, p. 39-42, note Ph. Proot ; *JCP A*, 2009, n° 44, 2248, p. 23-27 note F. Lichère et p. 27-31 note F. Linditch ; *CMP*, 2009, comm. n° 226, note H. Hoepffner ; *RDI*, 2009 p. 469, note R. Noguellou ; *AJCT*, 2010, p. 98, étude J.-D. Dreyfus

**CJCE, 10 septembre 2009, *Sea srl c. Comune di Ponte Nossa*, aff. C-573/07** ; *AJDA*, 2009, p. 2226, note R. Sermier et D. Epaud ; *AJDA*, 2009, p. 2286, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *CMP*, 2009, comm. n° 305, note W. Zimmer ; *Europe*, 2009, n° 413, note D. Simon ; *JCP A*, 2009, 2242, note C. Devès ; *RDI*, 2009 p. 590, note R. Noguellou

**CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et a.*, aff. C-196/08** ; Rec. CJCE 2009, I-9913 ; *AJDA*, 2010, p.105, comm. J.-D. Dreyfus et M. Peltier ; *AJDA*, 2009, p.2286, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert ; *BJCP*, 2010, n° 68, p. 39, concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer, obs. R. S. ; *CMP* 2009, repère 8 ; *CMP*, 2010, n° 1, comm. n° 35, W. Zimmer ; *CP-ACCP*, 94/2009, p. 12 ; *Dr. adm.*, 2010, n° 2, alerte n° 8, R. Noguellou et repère n° 2, J.-B. Auby ; *Europe*, 2009, n° 455, note D. Simon ; *JCP A*, 2009, n° 51, 2299, note C. Devès ; *JCP A*, 2010, 2078, §3, chron. S. Martin ; *RLCT*, 2010, n° 53, p. 39, note R. Passerieux et B. Thin

## 2. Conclusions d'avocats généraux

concl. A. La Pergola sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, aff. C-360/96 ; Rec. CJCE 1998, I, 6821 ; *BJCP*, 1999, n° 2, p. 155

concl. S. Alber sur CJCE, 9 septembre 1999, *RI. SAN. Srl c. Comune di Ischia*, aff. C- 108/98 ; Rec. CJCE 1999, I-1.5219.49

concl. G. Cosmas sur CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal srl c. Comune di Viano*, aff. C-107/98 ; Rec. CJCE 1999, I-8123

concl. Ph. Léger sur CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99 ; Rec. CJCE 2000, I-11037 ; *BJCP*, 2001, n° 15, p. 121

concl. C. Stix-Hackl sur CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03 ; Rec. CJCE 2005, I-4

concl. C. Stix-Hackl sur CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (CONAME) c. Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03 ; Rec. CJCE 2005, I-7289

concl. J. Kokott sur CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03 ; Rec. CJCE 2005, I-8588

concl. L. A. Geelhoed sur CJCE, 10 novembre 2005, *Commission des Communautés européennes c. République d'Autriche*, aff. C-29/04 ; Rec. CJCE 2005, I-9707

concl. C. Stix-Hackl sur CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c. Commune de Busto Arsizio et Agesp SpA*, aff. C-340/04 ; Rec. CJCE 2006, I-4140

concl. L. A. Geelhoed sur CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA, Administración del Estado*, aff. C-295/05 ; Rec. CJCE 2007, I-3001

concl. V. Trstenjak sur CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07 ; Rec. CJCE 2008, I-8460

concl. J. Mazák sur CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06

concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer sur CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et a.*, aff. C-196/08

### **3. Jurisprudence administrative**

**CE, 29 avril 1970, Société Unipain, n° 77935** ; Rec. p. 280 ; *AJDA*, 1970, p. 430, concl. G. Braibant ; *RDP*, 1970, p. 423, note M. Waline

**CE, 17 janvier 1994, Préfet du département des Alpes de Haute-Provence c/ Commune d'Allos, n°s 133837 et 133905** ; Rec. p. 18 ; *AJDA*, 1994, n° 6, p. 470, note C. Devès ; *RFDA*, 1994, n° 5, p. 900, note J.-C. Douence ; *JCP* 1994.II.22311, note J. Moreau ; *Rev. soc.* 1994, p. 764, note B. Alibert et G. Durand

**CE, 23 décembre 1994, Commune de Clairvaux-d'Aveyron et autres n° 97449** ; Rec. p. 582 ; *AJDA*, 1995 p. 351 ; *Dr. adm.*, 1995, comm. n° 229 ; *JCP G*, 1995.II.22507, note M. Cliquennois ; *RFDA*, 1995, p. 214 ; *RTD com.*, 1996.489, obs. El Alfandari et M. Jeantin

**CE, Sect., 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont-de-Barr, n° 188239** ; Rec. p. 201 ; *AJDA* 1998 p. 553, chron. F. Raynaud et P. Fombeur

**CE, avis, 8 novembre 2000, Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208** ; Rec. p. 492 ; *AJDA*, 2000, p. 1066, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA*, 2001, p. 112, concl. C. Bergeal

**CE, 27 juillet 2001, Coopérative de consommation de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF) c/ UGAP, n° 218067** ; Rec. p. 401 ; *BJCP*, 2001, p. 497, concl. C. Bergeal, obs. R. Schwartz ; *CMP*, oct. 2001, p. 7 et chron. n° 14 F. Llorens ; *CP-ACCP*, 5/2001, p. 7, étude S. Nicinski

**CE, avis, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisseries de Pantin, n° 246921** ; Rec. p. 297 ; *BJCP*, 2002, n° 25, p. 427, concl. Pivetau

**CE, 30 décembre 2002, Département des Côtes d'Armor, n° 218110** ; Rec. tables p. 630 ; *AJDA*, 2003 p. 394, note Dreyfus ; *CMP* 2003, comm. n° 48, obs. Delacour ; *BJCP*, 2003, p. 273, obs. Benjamin

**CE, Section de l'Intérieur, avis, 18 mai 2004 sur la mise à disposition de locaux à la Cinémathèque française, n° 370.169** ; *EDCE* 2005, p. 185 ; *BJCP*, 2005, p. 213, obs. Ch. M. ; *CP-ACCP*, déc. 2005 p. 67, note D. Moreau et S. Coton

**CE, 5 décembre 2005, Département Dordogne, n° 259748** ; Rec. 552 ; *JCP A*, 2006, p. 44, concl. E. Glaser ; *AJDA*, 2006, p. 661, note F. Brenet

**CE, 31 mai 2006, Ordres des avocats au barreau de Paris, n° 275531** ; Rec. p. 272 ; *AJDA*, 2006, p. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica et 2008 p. 911, étude J.-J. Israël ; *BJCP*, 2006, n° 47, p. 295, concl. D. Casas ; *CP-ACCP*, oct. 2006, n° 59, p. 78, note L. Renouard ; *Dr. adm.*, août 2006, n° 129, note M. Bazex ; *RDI*, 2006.480, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA*, 2006, p. 1048, concl. D. Casas ; *RTD com.* 2006, p. 774, obs. G. Orsoni

**CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt, n° 281796** ; Rec. p. 130 ; *BJCP*, 2007, n° 52, p. 230, concl. N. Boulouis ; *JCP G*, 2001, I, p. 166, note B. Plessix ; *JCP A*, 2007, act. 352 ; *AJDA*, 2007 p. 915, note J.-D. Dreyfus

**CE, Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736** ; Rec. p. 157 ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *BJCP*, 2007, n° 53, p. 283, concl. F. Séners et obs. R. Schwartz ; *BJCP*, 2007, n° 54, p. 342, note L. Rapp ; *CMP*, 2007, n° 191, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *CP-ACCP*, 2007, n° 68, p. 9 et p. 50, note S. Pugeault ; *JCP A*, 2007, 2111, note M. Karpenschif ; *JCP A*, 2007, 2125, note F. Linditch ; *JCP A*, 2007, 2128, note J.-M. Pontier ; *RFDA*, 2007, p. 812, concl. F. Séners et p. 821 note J.-Cl. Douence ; *D.*, 2007, p. 1273 ; *D.*, 2007, p. 2617, chron. G. Clamour ; *RDI*, 2007, p. 424, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD com.*, 2007, p. 694, obs. G. Orsoni ; *RTD eur.*, 2008, p. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse, et J.-P. Kovar ; *RLTC*, 2007, n° 25, n° 724, note M.-C. Rouault ; *RDP*, 2007, p. 1367, note O. Bui-Xian

**CE, 5 octobre 2007, Société UGC Ciné-Cité c/ Commune d'Epinal, n° 298773** ; Rec. p. 418 ; *AJDA*, 2007, p. 1903 et 2260, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.*, 2007, comm. 167

**CE, 4 mars 2009, Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS), n° 300481** ; Rec. p. 76 ; *AJDA* 2009, n° 16, p. 891, note J.-D. Dreyfus ; *BJCP*, 2009, p. 237, concl. Courrèges, obs. R. S. ; *CMP*, 2009, comm. n° 120, note P. Soler-Couteaux ; *Contrats, conc., cons.*, déc. 2009, n° 71, note H. Hoepffner ; *Dr. adm.*, 2009, comm. n° 71, note H. Hoepffner ; *JCP A*, 2009, 2145, n° 24, p. 40-48, concl. Courrèges, note Devès ; *RDI*, 2009, p. 423, note R. Noguellou ; *RFDA*, 2009, p. 759, note B. Apollis

**CAA Paris, 30 juin 2009, Ville de Paris c/ Préfet de la Région Ile-de-France, Préfet de Paris, n° 07PA02380** ; *AJDA*, 2009, p. 1766, note F. Lelièvre ; *BJCP*, 2009, p. 475, concl. Y. Marino, obs. Ph. Terneyre ; *CMP*, 2009, comm. 306, W. Zimmer ; *Contrats, concurrence, consommation*, déc. 2009, p. 15, note G. Marson ; *Dr. Adm.*, 2009, comm. 113 ; *LPA*, 19 oct. 2009, n° 208, p. 17, note S. Ziani et 5 nov. 2009, n° 221, p. 7, note D. Taron ; *RDI*, 2009, n° 11, p. 591

**CE, Section de l'administration, avis, 1<sup>er</sup> décembre 2009, n° 383264** ; *EDCE* 2010, n° 61, p. 353 ; *CMP*, 2010, n° 12, étude 11, p. 6-20, H. Hoepfner ; *CMP*, 2010, n° 10, repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteux et alerte n° 49, F. Linditch ; *Dr. adm.*, 2010, n° 8, p. 3, alerte n° 54, R. Noguellou

**CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze; n° 306911** ; *AJDA*, 2010, p. 469 et p. 957, concl. N. Boulouis et 2010.1246, étude S. Nicinski, P.-A. Jeannerey et E. Glaser ; *RDSS*, 2010, p. 341 note G. Koubi et G.-J. Guglielmi ; *JCP A*, 2010, comm. 223, note P. Idoux ; *RLCT*, 2010, n° 58, p. 34-36, note J.-M. Glatt ; *RJEP*, n° 678, 2010, comm. 44, Pellissier

**CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyages (SNAV), n° 308564** ; *AJDA*, 2011, n° 1, p. 18, chron. S. Nicinski

**CE, 10 novembre 2010, Communauté de communes du Nord de bassin de Thau, n° 313590** ; *AJDA*, 2011, n° 1, p. 19-21, chron. S. Nicinski ; *JCP A*, 2011, n° 4, 2038, p. 36-40, comm.. M. Karpenschif ; *RJEP*, 2011, n° 685, p. 15-18, concl E. Cortot-Boucher ; *RLCT*, 2011, n° 65, p. 19-20, comm. E. Glaser

#### **4. Jurisprudence constitutionnelle**

**CC, 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques** ; *JORF* 22 janvier 1993, p. 1118 ; *Rec. CC* 1993, p. 14 ; *RFDA*, 1993, p. 902, note D. Poyaud ; *RFDC*, 1993, p. 775, note L. Favoreu ; *LPA*, 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux

**CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit** ; *JORF* 3 juillet 2003, p. 11205 ; *Rec. CC*. 2003, p. 382 ; *AJDA*, 2003, p.1404, note J.-E. Schoettl ; *Dr. adm.*, 2003, n° 10, p. 24, note A. Ménéménis ; *RFDC*, 2003, p. 772, note E. Fatôme, L. Richer

# Bibliographie

## Ouvrages généraux

AUBY (J.-B.), AUBY (J.-F.), NOUGELLOU (R.), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 2008

BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2007

CHÉROT (J.-Y.), *Droit public économique*, Paris, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 2007

DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs. Tome I*, Paris, L.G.D.J., 1983

GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif. Tome 1 – Droit administratif général*, Paris, L.G.D.J., 16<sup>e</sup> éd., 2001

GUETTIER (C.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2008

NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2010

RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 7<sup>e</sup> éd., 2010

## Ouvrages spéciaux

DURAND (G.), *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 2002

MARILLIA (G.-D.), *Les agents territoriaux*, Paris, Berger-Levrault, 2007

## Sources officielles

Assemblée nationale, Rapport n° 2277, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 1721) adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales par M. Jean-Pierre Schosteck, 3 février 2010

Commission européenne, Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties, 20 mai 2008, 2008/C 155/02, Journal officiel de l'Union européenne 20 juin 2008

Commission européenne, Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés public set des concessions aux partenariats public-privés institutionnalisés (PPPI), 5 février 2008, C(2007)661, Journal officiel de l'Union européenne 12 avril 2008

Commission européenne, avis motivé du 27 juin 2007, IP/07/922, communiqué de presse disponible sur le site [www.europa.eu](http://www.europa.eu)

Commission européenne, Communication de la Commission concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 15 novembre 2005, COM (2005)569 final

Commission européenne, Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 12 avril 2000, 2000/C 121/02, Journal officiel des Communautés européennes 29 avril 2000

Conseil de la concurrence, décision n° 09-D-08 du 16 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'autoroute dans le secteur du dépannage-remorquage sur autoroutes

Conseil d'État, *Rapport public 2000 : jurisprudence et avis de 1999. Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, EDCE, n° 51, La documentation française

Conseil d'État, *Rapport d'étude sur les établissements publics*, 15 octobre 2009

Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, Direction Générale des Collectivités Locales, circulaire du 29 avril 2011, « Le régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) », n° COT/B/11/08052/C

Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, *Le guide des sociétés d'économie mixte locales*, Paris, La documentation française, 2007

Réponse donnée par M. Barnier au nom de la Commission, 3 juin 2010, à la question écrite posée par Estelle Grelier, P-3119/10

Réponse donnée par M. McCreevy au nom de la Commission, 15 octobre 2007 (JO C 191 du 29 juillet 2008), à l'interrogation écrite de Bernard Poignant, P-4457/07

Réponse du Ministre de l'Intérieur (JOAN 4 décembre 2007, p. 7700) à la question écrite de M. Maurice Leroy (QE n° 3682, JOAN Q 4 septembre 2007, p. 5419)

Réponse du Ministre de la Fonction publique (JO Sénat 22 janvier 2004, p. 174) à la question écrite de M. Jean-Paul Émin (QE n° 06813, JO Sénat 3 avril 2003 p. 1104)

Sénat, Rapport n° 430, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi présentée par M. Daniel Raoul et autres pour le développement des sociétés publiques locales par M. Jacques Mézard, 20 mai 2009

Sénat, Rapport d'information n° 726, fait au nom de la commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale par M. Jean Arthuis, 28 septembre 2010

## Thèses

COSSALTER (Ph.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2005

FOUACHE (V.), *Etablissement public et société commerciale. Le devenir de l'établissement public industriel et commercial*, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2005

## Articles

### Commentaires à la loi du 28 mai 2010

Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », organisé par l'Association des étudiants du Master 2 Juriste-conseil des collectivités territoriales – Université Paris II, contributions de GUGLIELMI (G.-J.), DELAUNAY (B.), COSSALTER (Ph.), VAN DE VYVER (P.), MARTIN (J.), SAVALL (S.), *Revue de droit public*, 2011, n° 3, p. 717-761

BARON (E.), TARON (D.), « Les sociétés publiques locales : un instrument commercial au service de l'intérêt général ? », *Les petites affiches*, 5-6 août 2010, n<sup>os</sup> 155-156, p. 7-10

BERNARD (S.), « Réflexions sur l'apport de la création de la société publique locale au droit des entreprises publiques », *Revue de droit public*, 2011, n° 3, p. 587-603

COSSALTER (Ph.), « La société publique locale : un outil répandu en Europe », in Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *Revue de droit public*, 2011, n° 3, p. 730-738

COURROUYAN (M.), « Principales caractéristiques des sociétés publiques locales », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2010, n° 60, p. 15-18

DAMARET (S.), « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2011, n° 1, p. 15-17

DELAUNAY (B.), « L'exception *in house* aux exigences de droit de l'Union européenne en matière de mise en concurrence », in Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *Revue de droit public*, 2011, n° 3, p. 722-729

- DEVES (C.), « La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 sur le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique ? », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 12 juillet 2010, n° 28, p. 16-22
- ECKERT (G.), « Un an de droit des délégations de service public », *Contrats et marchés publics*, 2011, n° 1, p. 9-17
- FACON (J.), « Les SPL : une révélation au grand jour des collectivités locales », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2010, n° 59, p. 12-15
- FOURMON (A.), « Le recours aux sociétés publiques locales (SPL) comme nouvel instrument de développement des énergies renouvelables pour les collectivités », *La Gazette du Palais*, 24 septembre 2010, n°s 267-268, p. 34-39
- GLATT (J.-M.), « La loi pour le développement des sociétés publiques locales : le 'in house' à la française », *Les petites affiches*, 30 août 2010, n° 172, p. 5-8
- GOUTAL (Y.), « Société publique locale. Un nouvel outil de l'intercommunalité », *La Gazette des communes*, 20 septembre 2010, n° 35/2045, p. 56-61
- KARPENSCHIF (M.), « Les sociétés publiques locales : passeport pour un véritable PPPI ? », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2010, n° 48, 2348, p. 13-15
- LINOTTE (D.), « Sur un nouvel instrument d'action publique locale : la société publique locale, panacée ou placebo ? Note sous loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *La Gazette du Palais*, 1<sup>er</sup> octobre 2010, n°s 274-275, p. 19-22
- LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (D.), « Les sociétés publiques locales ou la naissance du in house à la française », *Contrats et marchés publics*, 2010, n° 7, repère 7, p. 1-2
- LOMBART (P.), « Faut-il avoir peur des sociétés publiques locales ? », *Revue juridique de l'économie publique*, 2010, n° 679, p. 1-2
- MARTIN (J.), « Personne privée, capitaux publics, et régime mixte », in Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *Revue de droit public*, 2011, n° 3, p. 744-752
- MOURIESSE (X.). BRACONNIER (S.), « La société publique locale comme outil de gestion déléguée des services publics », *Contrats et marchés publics*, 2010, n° 11, p. 50-51

NICINSKI (S.), « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2010, n° 31, p. 1759-1765

PICARD (R.), MICHEL (F.), « Société publique locale. Le renouvellement de la gestion des Spic », *La Gazette des communes*, 31 janvier 2011, n° 05/2063, p. 48-51

PISSALOUX (J.-L.), « Le développement des sociétés publiques locales », *Les petites affiches*, 2 août 2010, n° 152, p. 7-12

SAVALL (S.), « La SPL, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *in* Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *Revue de droit public*, 2011, n° 3, p. 753-761

TERRIEN (G.), « Le développement des sociétés publiques locales », *Droit administratif*, 2010, n° 10, étude 18, p. 7-12

VAN DE VYVER (P.), « Évaluation et limites des outils existants de gestion des services publics », *in* Actes de colloque, « La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux », *Revue de droit public*, 2011, n° 3, p. 739-743

WELS (Y.), « Sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement : entre clarifications et imprécisions réglementaires », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2011, n° 23, 2209, p. 37-38

## **Articles généraux**

BANGUI (T.), « L'évolution de la jurisprudence de la CJUE et du CE relative au contrat 'in house' depuis l'arrêt Teckal », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2010, n° 22, 2182, p. 37-41

BENJAMIN (M.-Y.), « Les marchés des SEM », *Contrats publics – L'actualité de la commande et des contrats publics*, 2006, n° 59, p. 51-54

BEZANÇON (X.), « 'In house' : les SEM dans la jurisprudence communautaire », *Contrats publics – L'actualité de la commande et des contrats publics*, 2006, n° 59, p. 46-50

BOURREL (A.), « L'intercommunalité à l'abri du droit des marchés publics : une application audacieuse de la notion de 'in house'. Note sous TA Pau, 14 oct. 2008, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune*

d'Ilharre et 6 janv. 2009, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Commune de Lahontan* », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2009, n° 17, p. 929-936

BRACONNIER (S.), BEGAULT (E.-F.), « Les pouvoirs adjudicateurs publics ou privés non soumis au code des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, 2008, n° 6, p. 43-44

BRAMERET (S.), « Gestion d'une société d'économie mixte locale et responsabilité financière des élus locaux devant la Cour de discipline budgétaire et financière », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriale*, 2011, n° 20, 2188, p. 20-24

COLLIN (M.), « La coopération locale entre collectivités publiques en matière de prestation de services saisie par le droit communautaire », *Les petites affiches*, 16 septembre 2010, n° 185, p. 34-39

COSSALTER (Ph.), « Les EPIC face au droit de la concurrence », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2009, n° 38, 2221, p. 39-44

COSSALTER (Ph.), « Société d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », *Revue française de droit administratif*, 2002, n° 5, p. 938-951

DELPIERRE (V.), « Les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 : la liberté conditionnelle des procédures non formalisées », *Contrats et marchés publics*, 2011, n° 5, étude 8, p. 17-19

DELVOLVÉ (P.), « Marchés publics : les critères des 'contrats-maison' », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2002, n° 1, p. 53-61

DEVÈS (C.), « La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2002, n° 2, p. 139-151

DOMINGO (L.), « La loi de réforme des collectivités territoriales et l'intercommunalité », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, 2012, p. 26-35

DREYFUS (J.-D.), « Mutualisation des services et mise en concurrence. Autour des notions de bonne organisation des services et de prestations hors marché », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2007, p. 1865-1870

DURAND (G.), « La SEML, l'établissement public et la société publique d'aménagement », *Contrats publics – L'actualité de la commande et des contrats publics*, 2006, n° 59, p. 31-35

FATÔME (E.), MÉNÉMÉNIS (A.), « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2006, n° 1, p. 67-73

FLEURY (B.), « Libertés, libertés locales chéries! », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2010, n° 22, 2178, p. 20-23

- FRANCOIS (H.), GEORGES (F.), « L'impact de la transformation des modes de gestion des services publics locaux sur la situation des agents », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2004, n° 46, 1729, p. 1451-1454
- GARRIGUE-VIEUVILLE (M.), « Les effets du changement de mode de gestion des services publics sur la situation de leur personnel : mode d'emploi », *Droit administratif*, 2010, n° 2, p. 13-17
- KARPENSCHIF (M.), « SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les PPPI : où en est-on du développement de l'économie mixte locale? », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2009, n° 40-41, 2230, p. 18-22
- KARPENSCHIF (M.), « SEM et aides publiques : vers une normalisation des relations ? », *Contrats publics – L'actualité de la commande et des contrats publics*, 2006, n° 59, p. 55-59
- MILLER (G.), « Les chambres régionales et territoriales des comptes et les contrats *in house* », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2011, n° 10, p. 550-555
- MILLER (G.), LEYAT (A.), « Les chambres régionales des comptes et le contrôle des sociétés d'économie mixte locales », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2009, n° 31, p. 1701-1709
- MOREAU (D.), « Marchés relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005 : la réforme inachevée », *Contrats et marchés publics*, 2009, n° 1, étude 1, p. 6-14
- MOUZET (P.), « La normalisation jurisprudentielle de l'association transparente. Retour sur plusieurs arrêts récents concernant les associations subventionnées par les collectivités locales », *Revue de droit public*, 2008, n° 6, p. 1539-1560
- MULLER (E.), « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *Contrats et marchés publics*, 2010, n° 2, p. 6-13
- NEVEU (Ph.), « Contractualisation et mutualisation, outils de l'intercommunalité », in « L'intercommunalité au cœur de la réforme des collectivités territoriales », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2010, n° 30-34, 2242, p. 29-40
- PEYRICAL (J.-M.), « Des nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2011, n° 17, p. 934-943
- PIGNON (S.), JOUHET (A.), « Délégation de service public et transfert de personnel. Attention aux agents publics! », *Contrats et marchés publics*, 2008, n° 1, étude 1, p. 7-10
- PONTIER (J.-M.), « Requiem pour une clause générale de compétence ? », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, 2015, p. 47-55

PRAT (M.), BRACONNIER (S.), GINTRAND (E.), LAURENT (Ph.), « Table ronde n°4 : 'Les violations caractérisées : le cas des associations transparentes' », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2010, n° 7, 2067, p. 35-41

RAPP (L.), « Quasi régie, quasi régime », *Actualité juridique – Droit administratif*, 2010, n° 11, p. 588-595

RAYMUNDIE (O.), MATHARAN (X.), « Mutualisation des services : le contrat comme alternative au 'in house' ? », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2010, n° 59, p. 29-36

SESTIER (J.-F.), « Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », *Revue française de droit administratif*, 2002, n° 5, p. 923-938

SYMCHOWICZ (N.), PROOT (P.), « L'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes non soumises au Code des marchés publics », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2005, n° 7, p. 14- 21

TERNEYRE (Ph.), « Collectivités publiques, associations administratives transparentes et droit des contrats publics », *Bulletin juridique des contrats publics*, 2010, n° 68, p. 2-6

TERNEYRE (Ph.), « Les établissements publics industriels et commerciaux et l'espoir d'un renouveau : les EPIC locaux », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2009, n° 31-35, 2203, p. 44-46

TERRIEN (G.), « Les évolutions de la gestion des services publics industriels et commerciaux locaux », *La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales*, 2008, n° 42-43, 2237, p. 36-40

VANDEPOORTER (A.), ROUVEYRAN (T.), « Sociétés publiques locales d'aménagement. Aménager sans mise en concurrence ? », *La Gazette des communes*, 19 avril 2010, n° 16/2026, p. 50-55

YANG-PAYA (M.-K.), DUBOIS-SPAENLÉ (C.-M.), « Aménagement. La constitution d'une société publique locale », *La Gazette des communes*, 26 avril 2010, n° 17/2027, p. 44-47

# Table des matières

Introduction .....	2
--------------------	---

## PREMIÈRE PARTIE

### LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES ET LE PAYSAGE CLASSIQUE DU DROIT ADMINISTRATIF

<b>Chapitre 1 – L’impact des SPL sur les structures existantes .....</b>	<b>14</b>
Section 1 – Les structures de coopération entre collectivités locales .....	14
§1 – L’intercommunalité saisie par l’application des critères <i>in house</i> .....	14
A. L’évolution de la jurisprudence de la Cour de justice .....	14
B. La démarche comparable du droit interne .....	16
§2 - Les sociétés publiques locales, instrument de la coopération intercommunale? .....	18
A. La SPL comme instrument de coopération institutionnalisée .....	18
B. La mutualisation comme alternative à la coopération institutionnalisée .....	20
Section 2 – Les structures d’intervention des collectivités locales .....	22
§1 – Le destin controversé des EPIC locaux .....	22
A. Une évolution inattendue au niveau local .....	22
B. La tentation de transformation en société publique locale .....	25
§2 – Les sociétés publiques locales et le phénomène associatif .....	26
A. Les associations dans la jurisprudence administrative .....	26
B. La non complète fongibilité avec les SPL .....	28
<b>Chapitre 2 – Les instruments de fonctionnement.....</b>	<b>31</b>
Section 1 – Le régime des contrats .....	31
§1 - L’application de l’ordonnance du 6 juin 2005.....	31
A. L’applicabilité de l’ordonnance aux SPL .....	32
B. Le contenu des règles imposées aux SPL .....	33
§2 - Le nature des contrats et la détermination du juge compétent .....	35
A. Les contrats des SPL, des contrats de droit privé .....	35
B. La potentielle exception du caractère administratif des contrats .....	37

Section 2 – Les règles relatives aux personnels.....	39
§1 – Les règles applicables.....	40
A. Les fonctionnaires.....	40
B. Les agents non titulaires .....	41
§2 – Les modalités de recrutement .....	42
A. La situation du directeur et du comptable.....	43
B. Les modalités de recrutement .....	43

## SECONDE PARTIE

### LES LIMITES ET LES CONDITIONS DU SUCCÈS DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

<b>Chapitre 1 – Les contrôles .....</b>	<b>47</b>
Section 1 – L'exigence du contrôle analogue .....	47
§1 - La composition du capital .....	47
A. Le principe des capitaux entièrement publics.....	47
B. La présence de capitaux mixtes dans le cadre d'un PPPI.....	49
§2 – Les règles d'organisation et de fonctionnement.....	51
A. L'analyse de la jurisprudence.....	51
B. Les dispositions législatives applicables .....	52
Section 2 – Les contrôles sur le fonctionnement de la société .....	54
§1 – La détermination des choix de la société.....	54
A. Le statut des représentants des collectivités .....	54
B. Les contrôles sur les agissements des élus mandataires .....	55
§2 – Les instruments de contrôle traditionnels .....	56
A. Le contrôle de légalité .....	56
B. Le contrôle financier.....	58

<b>Chapitre 2 – Le financement des activités</b> .....	<b>60</b>
Section 1 - Les collectivités territoriales, actionnaires des SPL .....	60
§1 - Les conditions posées par la jurisprudence .....	60
A. La position restrictive du juge administratif .....	60
B. Le critère de l'investisseur privé en économie de marché .....	62
§2 - Les règles applicables aux sociétés publiques locales.....	63
A. Le financement de la société .....	63
B. Les subventions et les garanties d'emprunts .....	65
Section 2 – L'activité et les conditions de l'opportunité de la gestion en quasi-régie.....	67
§1 – Le critère de l'opérateur dédié .....	67
A. Les hypothèses analysées par la jurisprudence.....	67
B. La solution de la loi du 28 mai 2010 .....	68
§2 - Les risques de la gestion en quasi-régie et les limites dans le choix des collectivités publiques .	70
A. La difficile transition vers le partenariat public-privé institutionnalisé.....	70
B. Les conditions de la réussite des sociétés publiques locales .....	71
ANNEXES .....	75
Annexe 1 – Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales	75
Annexe 2 – Extraits de la jurisprudence de la Cour de justice .....	77
Annexe 3 – Extrait de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1993, n° 92-316 DC.....	88
Annexe 4 – Extraits de la jurisprudence administrative .....	89
Annexe 5 – Tableau récapitulatif des SPL existantes.....	92
Table de jurisprudence .....	95
Bibliographie .....	101
Table des matières .....	109