



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR,
DE L'OUTRE-MER, DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE L'IMMIGRATION

Direction Générale des Collectivités Locales

Sous-Direction des Finances Locales
et de l'Action Economique

Bureau des interventions économiques
et de l'aménagement du territoire

29 AVR. 2011

Le ministre délégué auprès du ministre de l'intérieur,
de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration,
chargé des collectivités territoriales

à

CIRCULAIRE N°COT/B/11/08052/C

Mesdames et messieurs les préfets
de région et de département

OBJET : Le régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés
publiques locales d'aménagement (SPLA).

P.J. : 2 annexes.

La présente circulaire a pour objet de présenter les dispositions applicables aux sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et aux sociétés publiques locales (SPL), régies respectivement par l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme et l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

Les SPLA ont été créées par la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. Leur régime juridique a été aménagé une première fois par l'article 33 de la loi n°2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion qui prévoit que, par dérogation aux règles de droit commun applicables aux sociétés anonymes, les SPLA peuvent être composées de deux actionnaires ou plus. Initialement créées à titre expérimental pour une durée de cinq ans, ces sociétés ont été pérennisées par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales qui a étendu, par ailleurs, leur champ de compétence et leur a conféré des droits nouveaux.

Les SPL sont de création plus récente puisqu'elles ont été introduites dans le droit positif par la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 précitée. Elles ont un champ de compétence plus large que celui des SPLA.

En qualité de sociétés anonymes, ces sociétés sont soumises au livre II du code du commerce, à l'exception de la règle encadrant le nombre minimal d'actionnaires. Par ailleurs, elles sont soumises, sauf dispositions contraires, aux règles régissant les sociétés d'économie mixte locales (SEML) prévues au titre II du livre V de la première partie du CGCT.

Selon l'esprit de la loi, les SPL et les SPLA sont de nouveaux outils mis à la disposition des collectivités territoriales leur permettant de recourir à une société commerciale sans publicité ni mise en concurrence préalables, dès lors que certaines conditions sont remplies. Ainsi, elles ont vocation à intervenir pour le compte de leurs actionnaires dans le cadre de prestations intégrées (quasi-régie ou « in house »).

I/ Le régime juridique des SPLA et des SPL :

Les deux derniers alinéas des articles L. 1531-1 du CGCT et L. 327-1 du code de l'urbanisme prévoient que les SPL et les SPLA revêtent la forme de sociétés anonymes régies 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. Par ailleurs, sous réserve des dispositions propres à chacun de ces deux articles, elles sont soumises au titre II du livre V de la première partie du CGCT.

Ainsi, sauf dispositions contraires, les SPL et les SPLA sont soumises aux règles applicables aux sociétés anonymes, d'une part, et aux sociétés d'économie mixte locales, d'autre part.

1.1/ Le capital social des SPL et des SPLA :

1.1.1/ La composition de l'actionariat :

→ Un nombre minimal d'actionnaires dérogatoire au droit commun :

Par dérogation à l'article L.225-1 du code de commerce qui prévoit pour les sociétés anonymes que « le nombre des associés ne peut être inférieur à sept », les SPL et les SPLA peuvent n'être composées que de deux actionnaires.

Cette dérogation n'avait pas été prévue dans le régime initial des SPLA. Cependant, il est apparu difficile, dans la pratique, de réunir les sept actionnaires requis pour constituer une telle société. L'abaissement du seuil à deux résulte d'un amendement déposé par les députés MM. Piron et Ollier lors de l'examen de la loi du 25 mars 2009 précitée (article 33).

→ Un actionariat strictement public :

Un acteur privé ne peut pas être actionnaire d'une SPL ou d'une SPLA. Par ailleurs, les seules personnes publiques pouvant participer à ces sociétés sont les collectivités territoriales et leurs groupements¹. L'Etat et les établissements publics aussi bien nationaux que locaux sont donc exclus.

→ Nécessité d'un actionnaire majoritaire pour les SPLA :

Il est à noter que, contrairement aux SPL pour lesquelles la loi n'impose pas d'actionnaire majoritaire, l'alinéa 2 de l'article L.327-1 du code de l'urbanisme prévoit que « une des collectivités territoriales ou un des groupements de collectivités territoriales participant à une société publique locale d'aménagement détient au moins la majorité des droits de vote ».

¹ Les groupements de collectivités territoriales sont définis par l'article L. 5111-1 du CGCT tel qu'issu de la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. Ils comprennent : les établissements publics de coopération intercommunale, les syndicats mixtes mentionnés aux articles L. 5711-1 et L. 5721-8 (c'est-à-dire ceux ne comportant pas d'autres membres que des communes, des EPCI, des départements ou des régions), les pôles métropolitains, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales.

1.1.2/ Le montant du capital social :

En leur qualité de sociétés anonymes, les SPL et les SPLA répondent aux règles de droit commun définies par le code du commerce. Leur capital est divisé en actions et constitué entre des associés qui ne supportent les pertes de l'entreprise qu'à concurrence de leurs apports.

Par référence à l'article L. 224-2 du code du commerce, leur capital social doit être égal à 37 000 € au moins.

Toutefois, les SPL et les SPLA étant soumises aux dispositions du titre II du livre V de la première partie du CGCT, les seuils dérogatoires prévus pour les SEML d'aménagement et de construction, compte tenu de leur spécificité et de l'importance financière de leurs opérations, leur sont applicables.

Ainsi, par référence à l'article L. 1522-3 du CGCT :

- le capital social des SPL et les SPLA ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location, doit être au moins égal à 225 000 € ;
- le capital social des SPL et les SPLA ayant dans leur objet l'aménagement doit être au moins égal à 150 000 €.

Il convient de souligner que ces seuils dérogatoires n'étaient jusque-là pas applicables aux SPLA qui n'étaient soumises qu'au chapitre IV du titre II du livre V de la première partie du CGCT (auquel n'appartient pas l'article L. 1522-3 précité). La loi du 28 mai 2010 a remédié à cette situation en soumettant dorénavant les SPLA à l'intégralité du titre II relatif aux SEML et non plus seulement au chapitre IV de ce titre.

Lorsque l'objet social d'une SPL ou d'une SPLA comporte à la fois des activités d'aménagement et de construction, ces montants minimum ne se cumulent pas. Le capital social doit être au moins de 225 000 €.

1.2/ L'objet social :

La SPLA et la SPL se différencient principalement par leur objet social. En effet, si chacune de ces sociétés ne peut être créée que dans le cadre des compétences attribuées par la loi aux collectivités territoriales et à leurs groupements, la SPL a un champ d'intervention beaucoup plus étendu que la SPLA.

Par ailleurs, l'objet social doit être défini de manière suffisamment précise afin que le lien avec les compétences de chacun des membres de la société puisse être clairement établi.

1.2.1/ Les SPL - un champ d'intervention très large :

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article L.1531-1 du CGCT, « 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 et commercial ou toutes autres activités d'intérêt général ».

Ainsi, le législateur a entendu donner aux SPL un champ d'intervention semblable à celui des SEML défini à l'article L. 1521-1 du CGCT.²

Leur champ d'intervention est donc potentiellement très large. Toutefois, il est encadré par les mêmes règles qui régissent les interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements. En effet, si les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des SPL dans des secteurs variés, elles ne peuvent le faire que « dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi ». Autrement dit, une collectivité territoriale ne pourra pas faire faire par une SPL ce qu'elle ne pourrait faire elle-même.

→ **L'action d'une collectivité doit tout d'abord être justifiée par un intérêt public local.** Parmi les compétences des collectivités territoriales, certaines sont expressément déterminées par le législateur, d'autres relèvent de l'application de la clause de compétence générale³.

La jurisprudence précise que lorsqu'une loi attribue expressément une compétence donnée à une catégorie de collectivité, l'intérêt public local est nécessairement présumé par l'intervention du législateur, indépendamment de tout autre considération (CE, 15 février 1961, Couquet). Ainsi, dans un arrêt du 6 juillet 1977 (n°87539), « Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés (SNITA) », le Conseil d'Etat a jugé que lorsqu'une compétence est attribuée par la loi à un établissement public, est inopérant le moyen, invoqué à l'encontre d'une mesure réglementaire d'application de la loi, tiré de la méconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie.

La question s'avère en revanche plus délicate lorsque la collectivité intervient non sur la base d'une mission légale, obligatoire ou facultative, mais sur la base de sa clause de compétence générale puisque, dans cette hypothèse, son intervention est restreinte par le respect du principe général du droit de la **liberté du commerce et de l'industrie** et l'intérêt public local doit être établi.

L'intérêt local se comprend dans le cadre territorial de la collectivité et se dégage de circonstances particulières de temps et de lieu et se manifeste, bien souvent, par la défaillance de l'initiative privée. Toutefois, ainsi que le confirme l'arrêt du Conseil d'Etat, « Ordre des avocats au Barreau de Paris » (Ass., 31 mai 2006), l'intérêt public local ne saurait se résumer à la question de la défaillance de l'initiative privée. En effet, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a jugé que « si elles (les personnes publiques) entendent, indépendamment de ces missions (missions de service public dont elles sont investies et pour lesquelles elles bénéficient de prérogatives de puissance publique), prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limites de leurs compétences, mais également d'un intérêt public, lequel peut résulter *notamment* de la carence de l'initiative privée (...) ». Ainsi, l'intérêt public devient le critère d'appréciation de la légalité de l'intervention économique d'une personne publique, le motif tiré de la carence de l'initiative privée n'en étant plus qu'un élément constitutif. Cette approche du Conseil d'Etat a

² Les dispositions particulières concernant l'intervention des SEML dans le secteur hospitalier ne sont pas applicables aux SPL. En effet, ces dernières ne peuvent, d'une part, être créées que par des collectivités territoriales et leurs groupements dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, et, d'autre part, exercer leurs activités que pour le compte exclusif de leurs actionnaires et sur leur territoire.

³ Article L.2121-29 du CGCT pour les communes, article L.3211-1 du CGCT pour les départements et L.4221-1 du CGCT pour les régions. Attention : en application de l'article 73 de la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, les articles L. 3211-1 et L. 4221-1 précités seront modifiés à compter du 1^{er} janvier 2015.

été confirmée dans l'arrêt « Département de la Corrèze » du 3 mars 2010 (n° 306911) pour la mise en place par un département d'un dispositif de téléassistance pour les personnes âgées et handicapées.

Le principe de liberté du commerce et de l'industrie s'applique non seulement aux collectivités territoriales mais aussi aux sociétés qu'elles créent, auxquelles elles ne peuvent donner plus de droits qu'elles n'en ont elles-mêmes. Ainsi, dans un arrêt du 23 décembre 1994, « Commune de Clairvaux-d'Aveyron », le Conseil d'Etat avait clairement indiqué qu'une SEML ne pouvait concurrencer des entreprises privées, même en fournissant la collectivité qui en détient la majorité, en l'absence de carence de l'initiative privée. Le juge administratif a toutefois là aussi assoupli sa position, dans la lignée de sa jurisprudence « Ordre des avocats du barreau de Paris ». Dorénavant, si, comme pour les collectivités, pour exercer une activité économique sur un marché concurrentiel, les SEML doivent justifier qu'elles répondent à un intérêt général, cet intérêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative privée mais « une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une SEML sur un marché (arrêt du Conseil d'Etat, « syndicat national des agences de voyages », 5 juillet 2010, n°308564). Cette solution vaut également pour les SPL.

→ La compétence générale d'une collectivité territoriale est également limitée par **le respect des compétences dévolues par les textes à d'autres personnes publiques** que ce soit l'Etat, les autres collectivités territoriales ou les établissements publics.

→ **Attention** : à partir du 1^{er} janvier 2015, en application de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, les départements et les régions ne disposeront plus de la clause de compétence générale. Ces deux collectivités disposeront cependant d'une capacité d'initiative leur permettant d'intervenir en dehors de leurs attributions propres lorsque la loi n'aura donné compétence à aucune autre personne publique. Les départements et les régions ne pourront dès lors intervenir que dans le cadre des compétences qui leur auront été confiées par la loi ou attribuées dans le cadre d'un schéma d'organisation des compétences et de mutualisation des services.

Les communes quant à elles conservent leur clause de compétence générale.

→ La création d'une SPL ou d'une SPLA entre un EPCI et ses communs membres est possible dès lors que l'objet social se rapporte à une compétence partagée (cf. notion d'intérêt communautaire). A l'inverse, en cas de transfert intégral d'une compétence à un EPCI, il ne peut être constitué une SPL ou une SPLA entre l'EPCI et ses communs membres sur ce champ de compétence.

→ Si l'alinéa 2 de l'article L. 1531-1 du CGCT ne vise expressément que l'exploitation des services publics à caractère industriel ou commercial, il n'en demeure pas moins que les SPL pourront aussi se voir confier l'exploitation de services publics à caractère administratif (« Ces sociétés sont compétentes pour [...] exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou **toutes autres activités d'intérêt général** »). Toutefois, conformément à l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 7 octobre 1986⁴, si le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, cette délégation ne sera possible que si le service en question ne figure pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même. Autrement dit, le **service public en question doit être « délégable »**.

⁴ CE, Avis, Section de l'Intérieur, 7 octobre 1986.

→ Les SPL n'ont pas vocation, en outre, à exercer des **fonctions supports**, comme la gestion des ressources humaines, la gestion budgétaire ou encore des expertises juridiques ou d'assistance technique, pour le compte des collectivités qui les contrôlent. En effet, de telles fonctions, qui font partie du fonctionnement interne des collectivités, ne sont pas des compétences en tant que telles attribuées par la loi aux collectivités dont l'objet est l'exercice de missions au bénéfice direct des administrés. Elles ne font que contribuer à l'exercice de ces compétences. Par conséquent, elles ne sauraient entrer dans la catégorie des activités d'intérêt général visées par la loi du 28 mai 2010.

Le législateur prévoit d'ailleurs un cadre juridique spécifique pour les mutualisations au sein du bloc intercommunal, qui ne mentionne pas les SPL. En effet, l'article 66 de la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 insère un nouvel article L. 5211-4-2 dans le CGCT qui permet à un EPCI à fiscalité propre de créer, avec une ou plusieurs communes membres, un service commun chargé de mutualiser, en dehors des compétences transférées, les services, notamment fonctionnels. Cet article règle de manière précise le statut des agents concernés par ce transfert. Il en va de même pour les mutualisations de services fonctionnels entre des départements, des régions, leurs établissements publics et les syndicats mixtes auxquels ils adhèrent, qui font l'objet également d'un encadrement particulier, à l'article L.5111-1-1 du CGCT, issu de l'article 68 de la loi du 16 décembre 2010 précitée.

Précisions concernant la délégation d'un service public à une SPL :

L'article 2 de la loi du 28 mai 2010 précitée a complété l'article L.1411-12 du CGCT pour **exempter des règles de droit commun** prévues aux articles L. 1411-1 à L. 1411-11 toute délégation de service public confiée à une SPL, dès lors que la personne publique (délégante) exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que la SPL réalise l'essentiel de ses activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui la contrôlent, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans ses statuts.

Par ailleurs, le même article 2 a créé un nouvel article L. 1411-19, inspiré directement de l'article L. 1411-4, qui prévoit que 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 et qu'elles statuent au vu d'un rapport qui présente le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer la société publique locale délégataire.

Alors que la consultation de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1 est obligatoire lorsque la collectivité souhaite déléguer l'exploitation d'un service public à un opérateur privé « classique », il convient de noter qu'elle n'est que **facultative** pour la délégation à une SPL.

1.2.2/ Les SPLA - un champ de compétence plus restreint mais néanmoins élargi depuis l'adoption de la loi du 28 mai 2010 :

Initialement compétentes uniquement pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, les SPLA ont vu leur champ d'intervention élargi par l'article 4 de la loi du 28 mai 2010.

Ainsi, tout comme les SPL, les SPLA sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement qui, aux termes de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, ont pour objets :

- de mettre en oeuvre un projet urbain ;
- de mettre en oeuvre une politique locale de l'habitat ;
- d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques ;
- de favoriser le développement des loisirs et du tourisme,
- de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur ;
- de lutter contre l'insalubrité ;
- de permettre le renouvellement urbain ;
- de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

De plus, dorénavant, « 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 (code de l'urbanisme) ».

Enfin, pour faciliter la réalisation de leur activité, la loi du 28 mai 2010 a introduit une nouveauté : les SPLA pourront dorénavant également exercer, par délégation de leurs titulaires, les droits de préemption et de priorité définis par le code de l'urbanisme et agir par voie d'expropriation. Ces nouveaux pouvoirs ne pourront toutefois être exercés que dans les conditions fixées par « des conventions conclues par l'un de leurs membres ».

Il convient de noter que, dans cette hypothèse, par renvoi aux dispositions applicables aux SEML (article L. 1524-3 du CGCT), lorsqu'une SPLA exercera, pour le compte d'une collectivité territoriale ou d'un groupement, des prérogatives de puissance publique, elle sera tenue d'établir chaque année **un rapport spécial** sur les conditions de leur exercice qui sera présenté à l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement et sera adressé au représentant de l'Etat dans le département.

1.3/ Le cadre d'intervention :

L'alinéa 3 de l'article L. 1531-1 du CGCT et l'alinéa 4 de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme prévoient que : « ces sociétés (les SPL et les SPLA) 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 ». Il ressort de ces dispositions qu'il ne sera pas possible de créer une SPL pour gérer un équipement situé en dehors du territoire des collectivités actionnaires.

La notion d'**exclusivité** ne figurait pas dans la version initiale de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme sur les SPLA, créé par la loi n°2006-872 précitée. Elle a été ajoutée par la loi du 28 mai 2010.

Ainsi, contrairement aux SEML, les SPL et les SPLA ne peuvent pas intervenir pour le compte de personnes publiques ou privées non actionnaires, même dans le respect des règles de la commande publique et même à titre accessoire.

Enfin, elles ne peuvent pas agir pour leur propre compte. Autrement dit, elles ne peuvent pas satisfaire leurs propres objectifs puisque leur cadre d'intervention se limite aux missions qui leur sont confiées par leurs actionnaires.

1.4/ Les moyens d'action :

1.4.1/ Les contrats passés par les SPL et les SPLA :

→ En principe, les SPL et les SPLA sont soumises à 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 et devront respecter les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par cette ordonnance et son décret d'application n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

En effet, elles peuvent relever en tant que pouvoir adjudicateur des deux dispositions suivantes :

- celle prévue au 4° du I de l'article 3 de l'ordonnance, applicable aux organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique, constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ;

- celle prévue au 1° du I de l'article 3 de l'ordonnance, applicable aux organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique, créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, majoritairement financé et contrôlé par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics.

Il convient d'indiquer que, comme le prévoit le II de l'article 3 précité, les SPL et les SPLA ont toujours la possibilité de se soumettre volontairement au code des marchés publics en lieu et place de l'ordonnance de 2005.

→ Les SPL et les SPLA sont toutefois tenues de respecter les règles du **code des marchés publics** dans un cas de figure (il s'agit alors d'une obligation et non plus d'une faculté) : quand elles agissent dans le cadre d'un **mandat** tel que prévu par la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée (loi MOP).

Agissant au nom et pour le compte d'une des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales actionnaires, elles sont soumises aux règles applicables à cette personne, c'est-à-dire au code des marchés publics.

1.4.2/ La prise de participation dans d'autres sociétés commerciales :

L'avant dernier alinéa de l'article 1524-5 du CGCT autorise la prise de participation d'une SEML dans le capital d'une société commerciale : *« toute prise de participation d'une société d'économie mixte locale dans le capital d'une société commerciale fait préalablement l'objet d'un accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration, en application du premier alinéa du présent article ».*

Une telle prise de participation d'une SEML dans le capital d'une société commerciale ne doit toutefois pas constituer **un détournement** des dispositions des articles L. 2253-1, L. 3231-6 et L. 4111-1-6° du CGCT qui interdisent toute prise de participation d'une collectivité territoriale dans le capital d'une société commerciale ou d'un organisme à but lucratif, sauf autorisation accordée par décret en Conseil d'Etat.

Il est impératif que la société dans laquelle est prise la participation exerce une activité entrant dans le champ de compétence de la SEML ou ayant un caractère complémentaire ou accessoire à l'activité de la SEML elle-même.

Par renvoi au régime applicable aux SEML, les SPL et les SPLA ont également la possibilité de prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales. En effet, aucune disposition spécifique ne l'interdit formellement.

Toutefois, ce régime juridique ne leur est applicable que « sous réserve » des dispositions spécifiques prévues aux articles L. 1531-1 du CGCT et L. 327-1 du code de l'urbanisme. Or, les SPL tout comme les SPLA ne peuvent exercer leurs activités qu'exclusivement pour le compte et sur le territoire de leurs actionnaires. Cette restriction de leur cadre d'intervention paraît limiter la possibilité pour ces sociétés de prendre des participations dans une autre société.

La société commerciale dans laquelle serait prise la participation doit nécessairement intervenir sur le territoire des collectivités ou groupements de collectivités actionnaires de la SPL ou de la SPLA et son intervention doit être limitée à ce territoire.

La participation d'une SPL ou d'une SPLA dans le capital d'une autre société commerciale ne doit pas remettre en cause, dans la durée, la relation de quasi-régie entre la SPL ou la SPLA et les collectivités actionnaires⁵ :

- La décision de prise de participation ne doit pas être l'enjeu d'intérêts divergents entre les collectivités actionnaires : la théorie de la quasi-régie commune à plusieurs collectivités exige que chaque collectivité exerce en commun un contrôle analogue sur l'organisme de quasi-régie. Pour que le contrôle collectif satisfasse aux principes de la quasi-régie, il est nécessaire qu'aucune collectivité ne soit contrainte, malgré elle, à la prise de participation.

L'article L. 1524-5 du CGCT prévoit que la prise de participation d'une SEML dans une autre société commerciale doit être autorisée expressément par les collectivités présentes au conseil d'administration. Cet accord exprès requiert la présence de toutes les collectivités qui composent la SPL au conseil d'administration de la SPL ou de la SPLA.

- La participation doit rester minoritaire et ne conférer aucun pouvoir de contrôle à la SPL ou à la SPLA.

Une prise de participation majoritaire dans le capital d'une société commerciale ou conférant un pouvoir de contrôle à la SPL ou à la SPLA aurait pour conséquence de considérer la SPL ou la SPLA comme exerçant elle-même l'activité commerciale de la société à laquelle elle participe et la rendrait directement intéressée par les résultats de cette société. Dans ces conditions, la SPL ou SPLA ne pourrait plus être considérée comme

⁵ La jurisprudence estime qu'un changement de nature à faire tomber la qualification de quasi-régie en cours d'exécution d'un contrat constitue un « changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence ». Jugé pour l'ouverture du capital d'une quasi-régie : CJCE, 10 septembre 2009, Sea Srl c/ commune di Ponte Nossa.

n'exerçant ses activités que pour le compte des collectivités qui la composent ou comme ne poursuivant d'autres buts que ceux fixés par ces collectivités. Cette situation contreviendrait à la fois aux critères de la quasi-régie et aux dispositions de l'article L. 1531-1 du CGCT.

o La prise de participation doit permettre la réalisation des missions confiées à la SPL ou la SPLA.

Ainsi, la société commerciale dans laquelle est prise une participation doit nécessairement participer à la réalisation des missions de la SPL. Il ne peut s'agir de satisfaire une stratégie de conquête de marchés puisque la SPL ou la SPLA, en tant que quasi-régie, n'a aucune vocation de marché.

Enfin, il convient de souligner que, dans l'hypothèse où des élus administrateurs d'une SPL ou d'une SPLA viendraient à occuper des fonctions similaires au sein de la société dans laquelle une prise de participation aurait été prise, ils ne seraient plus considérés comme mandataires des collectivités actionnaires et ne seraient donc plus protégés par les dispositions de l'article L. 1524-5 du CGCT. Ils deviendraient des administrateurs de droit commun et seraient donc soumis au même régime de responsabilités civile et pénale (risque quant à la prise illégale d'intérêt et à la qualification d'entrepreneur de service local pouvant entraîner des peines d'inéligibilité).

Ainsi, l'intérêt limité d'une prise de participation doit être mis en relation avec les risques importants que les élus locaux peuvent courir si les conditions de régularité d'une telle opération viennent à manquer et si, de ce fait, la relation entre les collectivités et la SPL ou la SPLA perd sa qualité de quasi-régie.

Dans ces conditions, il ne peut qu'être déconseillé aux collectivités d'engager la SPL ou la SPLA à laquelle elles appartiennent dans la prise de participation d'une autre société commerciale.

1.5/ Les mesures de contrôle externe :

D'une part, en qualité de sociétés anonymes, les SPL et les SPLA sont soumises aux contrôles d'un commissaire aux comptes conformément aux dispositions de l'article L.225-218 du code de commerce. Le commissaire aux comptes est chargé de vérifier les comptes de la société. Il certifie que les comptes annuels sont réguliers et sincères, et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice. En application de l'article L. 234-1 du code de commerce, il dispose également d'un pouvoir d'alerte qui lui permet de demander des explications au président du conseil d'administration ou du directoire, qui est tenu de répondre dans un délai de quinze jours, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

D'autre part, ces sociétés étant soumises, sauf dispositions contraires, aux règles applicables aux SEML, elles se verront appliquer les mêmes mesures de contrôle.

Sans prétendre à l'exhaustivité, voici les principaux contrôles externes auxquels seront soumis les SPL et SPLA.

1.5.1/ Le contrôle du représentant de l'Etat :

Outre le contrôle de légalité exercé sur les actes des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales actionnaires, le représentant de l'Etat dans le

département où se trouve le siège de la société dispose de moyens de contrôle spécifiques sur l'activité de ces sociétés.

Le contrôle de légalité porte notamment sur :

- les délibérations des collectivités territoriales ou de leurs groupements décidant la création d'une SPL ou d'une SPLA, fixant le montant de leur participation au capital social et approuvant les statuts de la société ;
- les délibérations portant sur les relations entre la SPL ou SPLA et les collectivités territoriales ou leurs groupements actionnaires ;
- les marchés et contrats éventuellement conclus entre les collectivités territoriales ou leurs groupements actionnaires et la SPL ou SPLA lorsqu'ils sont soumis à obligation de transmission par les articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT.

La transmission de ces actes au préfet est une condition de **leur caractère exécutoire**. En outre, et conformément à la décision du Conseil d'Etat du 13 janvier 1988 (Mutuelle générale des personnels des collectivités locales), les délibérations transmises au représentant de l'Etat doivent être accompagnées des documents qui leur sont annexés (comme les statuts de la société créée par exemple).

Le contrôle spécifique :

L'article L.1524-1 du CGCT donne un droit d'information au représentant de l'Etat en organisant une procédure de transmission obligatoire de certains actes.

Ainsi, doivent lui être communiqués :

- les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance et de l'assemblée générale ;
- les comptes annuels et les rapports du commissaire aux comptes.

Conformément à l'article L.1524-2 du CGCT, ce contrôle spécifique peut déboucher sur la saisine de la chambre régionale des comptes par le préfet lorsqu'il estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupements actionnaires, ou à accroître le risque encouru par une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupements qui ont accordé leur garantie à un emprunt contracté par la société.

1.5.2/ Le contrôle financier des chambres régionales des comptes :

La vérification des comptes :

En application de l'article L. 211-4 du code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes peut procéder à la vérification des comptes des établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales ou leurs établissements publics apportent un concours financier supérieur à 1 500 euros ou dans lesquels ils détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix au sein des organes délibérants desdites filiales, ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

Le contrôle de gestion :

L'article L.211-8 du code des juridictions financières habilite les chambres régionales des comptes à examiner la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que, notamment, la gestion des établissements, sociétés, groupements et organismes mentionnés aux articles L. 211-4 à L. 211-6. Elles peuvent également assurer ces vérifications sur demande motivée, soit du représentant de l'Etat dans la région ou le département, soit de l'autorité territoriale.

L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en oeuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations.

1.6/ Le statut des élus mandataires :

Les mesures spécifiques visant à préciser le statut des représentants élus des collectivités locales et de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des SEML (article L. 1524-5 du CGCT) étant applicables aux SPL et aux SPLA, je vous invite à vous référer sur ce point à la circulaire NOR LBLB0210028C du 20 novembre 2002.

II/ Des sociétés ayant vocation à réaliser des prestations intégrées pour le compte de leurs actionnaires :

Il ressort clairement de l'exposé des motifs et des rapports des commissions des lois du Sénat et de l'Assemblée nationale qu'en créant les SPL, la volonté du législateur a été de mettre à la disposition des collectivités territoriales un nouvel outil d'intervention avec lequel elles puissent contracter librement dans le respect des règles communautaires. Le même objectif avait motivé la création des SPLA en 2006.

En principe, dès lors qu'un pouvoir adjudicateur souhaite contracter avec une entité tierce, il doit le faire dans le respect des règles de transparence et de mise en concurrence afin d'assurer une égalité de traitement entre les candidats potentiels.

Toutefois, le juge communautaire a élaboré au fil des années une jurisprudence fixant les conditions permettant à une personne, qui est un pouvoir adjudicateur au sens de la réglementation communautaire, de confier à un tiers la réalisation d'opérations, qualifiées de « prestations intégrées » ou contrats de quasi-régie ou encore contrats « in house », en écartant l'application des règles de mise en concurrence.

Cette jurisprudence procède de l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire d'exiger la mise en œuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue un simple prolongement administratif de celui-ci.

Ainsi, le Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a posé, dans un arrêt Teckal de 1999⁶, **deux conditions cumulatives** à la reconnaissance d'une relation de quasi-régie :

- le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur son cocontractant doit être analogue à celui exercé sur ses propres services ;
- le cocontractant doit réaliser l'essentiel de son activité pour la ou les collectivités qui le détiennent.

Par la suite, la CJCE est venue préciser ses exigences sur la nature et l'intensité du contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur l'entité tierce ainsi que la proportion des activités de celle-ci au-delà de laquelle on peut considérer qu'elle effectue « l'essentiel de son activité » avec la ou les personnes publiques qui la contrôlent.

La notion de « quasi-régie » n'est visée par aucune des directives communautaires relatives aux marchés publics.

Si la loi du 13 juillet 2006 pour les SPLA et la loi du 28 mai 2010 pour les SPL ont tenté de sécuriser au maximum l'intervention de ces sociétés au profit de leurs actionnaires, il n'en demeure pas moins que seul un examen **au cas par cas des statuts de chaque société** permettra de s'assurer du respect effectif des deux critères dégagés par le juge communautaire. Il convient donc de faire le point sur l'interprétation que fait le juge sur ces deux critères.

⁶ Arrêt Teckal du 18 novembre 1999 de la CJCE (C-107/98).

S'agissant de critères prétoriens, il conviendra de suivre avec attention l'évolution de la jurisprudence dans ce domaine.

Ensuite, il semble utile de rappeler les risques encourus par les collectivités territoriales et leurs élus dans l'hypothèse où la relation de quasi-régie ne serait pas effective.

2.1/ Le respect des critères de la « quasi-régie » :

Les deux critères sont cumulatifs.

2.1.1/ Le critère du contrôle analogue :

Les SPL et les SPLA ne peuvent être créées que par des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales. La détention du capital de ces sociétés par des actionnaires strictement publics est **une condition indispensable** à la reconnaissance d'une relation « in house ».

En effet, les contrats conclus par les personnes publiques avec des sociétés dont le capital est détenu en partie par des actionnaires privés sont exclus de la qualification de contrats de quasi-régie et entrent, par conséquent, dans le champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence. La CJCE a effectivement jugé, dans un arrêt Stadt Halle de 2005⁷ que : « la participation, fut-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 (...) Tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente ».

Si l'existence d'un actionnariat strictement public est une condition nécessaire, elle n'est toutefois pas suffisante pour garantir le respect systématique de ce premier critère.

En effet, dans l'arrêt Carbotermo de 2006⁸, la CJCE indique que la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicatrice tend à indiquer, **sans être décisive**, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services.

L'exercice d'un contrôle analogue doit également se vérifier au regard des pouvoirs et de l'autonomie conférés par les collectivités à l'entité en cause. Or, **seul un examen au cas par cas des statuts** permettra de déterminer le degré de contrôle de la ou des collectivités sur chaque société publique locale ou société publique locale d'aménagement.

A l'origine très restrictive, la jurisprudence de la CJCE s'est progressivement assouplie au fil des années. Elle n'est toutefois à ce stade pas totalement stabilisée.

Outre les dispositions législatives en vigueur, la Cour s'attache à examiner les circonstances pertinentes de chaque cas d'espèce et n'admet l'effectivité du contrôle analogue qu'au vu d'un faisceau d'indices concordants.

⁷ Arrêt Stadt Halle, CJCE, 11 janvier 2005 (C-26/03).

⁸ Arrêt Carbotermo du 11 mai 2006 de la CJCE (C-340/04).

Par conséquent, sans préjudice des évolutions jurisprudentielles ultérieures, voici à ce stade quelques éléments d'analyse dégagés par le juge pour apprécier l'effectivité du contrôle analogue.

Dans l'arrêt *Parking Brixen GmbH* de 2005⁹, la CJCE précise que le critère de contrôle analogue sera respecté si le cocontractant (entité concessionnaire) est soumis à un contrôle permettant à l'autorité publique (concedante) d'influencer les décisions de ce cocontractant. Il doit s'agir d'une **possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes**.

Dans l'arrêt *Asemfo* de 2007¹⁰, la Cour admet pour la première fois qu'une entité détenue par plusieurs personnes publiques (Etat et communautés autonomes espagnoles) puisse être considérée dans une relation de quasi-régie avec tous ses actionnaires, y compris minoritaires. Toutefois, elle admet cette relation uniquement parce que la société ne dispose d'aucune autonomie dans son fonctionnement et dans son activité. La relation de quasi-régie est caractérisée par l'absence de marge d'action de l'entité sur le marché pour déterminer par exemple les prestations qu'elle offre, leur contenu et leurs tarifs.

Par ailleurs, elle retient comme un des éléments déterminants, dans l'arrêt *Commission c/ Italie* de 2008¹¹, la désignation par le pouvoir adjudicateur des membres des organes de direction de la société et d'un fonctionnaire communal chargé d'orienter et de contrôler l'action de celle-ci.

Enfin, dans l'arrêt *Coditel Brabant SA* de 2008¹², elle rappelle que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par une autorité publique concedante doit être analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et non identiques en tous points à celui-ci.

Il importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel. Elle précise que, dans le cas où une autorité publique s'affilie à une société dont tous les affiliés sont des autorités publiques, en vue de lui transférer la gestion d'un service public, le contrôle que les autorités affiliées à cette société exercent sur celles-ci peut être exercé **conjointement** par ces autorités, statuant le cas échéant, à la majorité.

Il ressort de ces jurisprudences qu'une société détenue par plusieurs actionnaires publics ne pourra être considérée comme étant dans une relation de « in house » avec l'ensemble de ses actionnaires, y compris minoritaires, que s'il existe un lien de dépendance institutionnel très fort, excluant l'autonomie du cocontractant.

S'agissant des SPL et des SPLA, les dispositions sur les SEML, qui leur sont applicables par renvoi, prévoient d'ores et déjà des mesures permettant aux collectivités actionnaires d'exercer un certain degré de contrôle sur celles-ci :

- l'article L. 1524-5 du CGCT prévoit que « toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales 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 » ;

⁹ Arrêt *Parking Brixen GmbH* du 13 octobre 2005 de la CJCE (C-458/03).

¹⁰ Arrêt *Asemfo* du 19 avril 2007 de la CJCE (C-295/05).

¹¹ Arrêt *Commission c/ Italie* du 17 juillet 2008 de la CJCE (C-371/05) – Commune de Mantoue.

¹² Arrêt *Coditel Brabant SA* du 13 novembre 2008 de la CJCE (C-324/07).

- ce même article dispose également que les organes délibérants des collectivités territoriales et leurs groupements actionnaires devront se prononcer sur **le rapport écrit** qui leur sera soumis au moins une fois par an par leur(s) représentant(s) au conseil d'administration ou de surveillance¹³ ;
- enfin, l'article L. 1524-1 du CGCT prévoit que le représentant d'une collectivité actionnaire ne peut donner son accord à une modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants de la société sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification.

Néanmoins, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, ces dispositions ne semblent pas suffisantes pour garantir le respect systématique de ce premier critère. Les statuts et règlements intérieurs des SPLA et SPL devront prévoir des modalités de contrôle renforcé par les collectivités actionnaires sur les organes de gestion de la société.

A titre exemple, certains statuts de SPLA existantes prévoient la création de comités de pilotage, composés d'un représentant de chaque collectivité actionnaire, chargés d'examiner les nouveaux dossiers proposés à la société et d'en proposer l'engagement au conseil d'administration ou de surveillance, et de comités de contrôle, composés de la même manière et institués pour chaque opération ou mission engagée par la société afin de vérifier la conformité de l'exécution des contrats passés avec les objectifs fixés.

2.1.2/ Le critère de l'opérateur dédié :

Le seul constat d'une dépendance à l'égard de la personne publique ne suffit pas à qualifier les prestations faisant l'objet du contrat de quasi-régie. Encore faut-il que le cocontractant du pouvoir adjudicateur soit un « opérateur dédié » aux besoins des collectivités actionnaires. Il doit réaliser l'essentiel de son activité pour la ou les personnes qui le contrôlent.

En effet, 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 (cf. arrêt Carbotermo précité).

Le respect de ce second critère ne devrait pas poser de difficultés pour les SPL et les SPLA puisque, aux termes des articles L. 1531-1 du CGCT et L. 327-1 du code de l'urbanisme, elles ne sont compétentes pour exercer leurs activités **que pour le compte exclusif de leurs actionnaires et sur le territoire de ceux-ci**.

Les SPL et les SPLA ne sont donc pas autorisées à exercer, même de manière très marginale, des activités pour le compte d'autres opérateurs.

2.2/ Les risques encourus en cas de non-respect des critères régissant les relations de quasi-régie :

Ne pas réunir les critères de la quasi-régie constituerait, lors des commandes passées, une violation des règles de la commande publique. Les actes ainsi passés seraient

¹³ Les administrateurs désignés par l'assemblée spéciale sont d'ailleurs soumis aux mêmes obligations. L'assemblée spéciale, saisie du rapport annuel, en assure la communication immédiate aux organes délibérants des collectivités et groupements qui en sont membres afin que ceux-ci se prononcent sur ce document.

entachés d'irrégularité et les élus mandataires pourraient se trouver en situation de commettre un délit de favoritisme.

2.2.1/ Une violation des règles de la commande publique :

Le droit de la commande publique est construit sur un principe simple : tout contrat de la commande publique doit être précédé d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence¹⁴.

Il ressort de la jurisprudence communautaire (arrêt Telaustria du 7 décembre 2000¹⁵) que les pouvoirs adjudicateurs sont, en toute hypothèse, tenus de respecter les règles fondamentales du traité en général et en particulier les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement. Il en résulte une obligation de transparence permettant de contrôler le respect par le pouvoir adjudicateur desdits principes. Pour certains contrats, sont par ailleurs applicables les règles issues des directives Marchés.

La quasi-régie est une exception à ce principe général de transparence. Cette exception a été introduite en droit national, notamment dans le code des marchés publics¹⁶, l'ordonnance de 2005 précitée¹⁷, le code de l'urbanisme¹⁸ et le code général des collectivités territoriales¹⁹.

Si une mission est confiée **directement** à une SPL ou une SPLA par une collectivité actionnaire, c'est-à-dire sans publicité ni mise en concurrence préalables, et que la relation de quasi-régie ne s'avère pas effective (du fait de la non-réalisation d'un des deux critères), alors les règles de procédure encadrant la passation du contrat en question²⁰ n'auront pas été respectées.

Dès lors, la délibération de la collectivité actionnaire confiant la mission à la SPL (ou à la SPLA) et / ou la convention les liant sont irrégulières et donc susceptibles d'annulation par le juge.

¹⁴ Ce principe s'applique d'ailleurs quelle que soit la nature juridique de l'acte (contractuel ou unilatéral). En effet, la CJCE a jugé que « l'application des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés, ne dépend pas de l'existence d'un contrat » (CJCE 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, aff. C-458/03, point 60).

¹⁵ CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress ; aff. C-324/98.

¹⁶ Article 3 1° du CMP.

¹⁷ Article 23 n°2005-649 du 6 juin 2005.

¹⁸ Article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme.

¹⁹ Articles L. 1411-12 et L. 1415-3 du CGCT.

²⁰ Il peut s'agir, selon les cas, des règles relatives notamment à la passation d'un marché public, d'une délégation de service public, d'une concession de travaux publics, d'une concession d'aménagement.

2.2.2/ Un risque pénal - le délit de favoritisme :

Le délit de favoritisme (ou délit d'octroi d'avantages injustifiés), prévu par l'article 432-14 du code pénal, consiste dans le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public de procurer ou de tenter « *de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés et conventions de délégation de service public* ».

Si l'interdiction posée par l'article L. 1524-5, alinéa 12, du CGCT (« les élus mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une SEML ne peuvent participer ni aux commissions d'appel d'offres ni aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque cette société est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public ») écarte désormais le risque pour l'élu mandataire lorsque la SEML est candidate, cet article ne trouvera pas à s'appliquer pour les SPL et les SPLA puisque, par principe, elles n'auront pas été mises en concurrence. Par conséquent, si une SPL ou une SPLA ne respecte pas les critères du « in house », l'élu mandataire qui aura participé aux délibérations confiant à la société la gestion d'un service public encourra le risque d'être poursuivi pour délit de favoritisme.

xxx

La notion de la quasi-régie étant de nature prétorienne, une évolution de l'appréciation des critères susmentionnés ne peut être écartée. Vous serez tenus informés de toute évolution de la jurisprudence sur ce point.

Vous veillerez à être particulièrement attentifs aux délibérations des collectivités territoriales et de leurs groupements adoptant le principe de la création d'une SPL ou d'une SPLA et actant le montant de la prise de participation dans son capital, ainsi qu'aux statuts qui y seront obligatoirement annexés.

Enfin, vous pourrez utilement faire part à la DGCL (sous-direction des finances locales et de l'action économique / bureau des interventions économiques et de l'aménagement du territoire) des difficultés rencontrées pour l'application de ces nouvelles dispositions législatives, par courrier ou message électronique (dgcl-sdflae-fl4-secretariat@interieur.gouv.fr).

Pour le ministre et par délégation
le directeur général
des collectivités locales

Eric JALON

ANNEXE 1

Code de l'urbanisme

Partie législative

Livre III : Aménagement foncier.

Titre II : Organismes d'exécution

Chapitre VII : Sociétés publiques locales d'aménagement.

Article L327-1

Modifié par LOI n°2010-559 du 28 mai 2010 - art. 3

Modifié par LOI n°2010-559 du 28 mai 2010 - art. 4

« Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, 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.

Une des collectivités territoriales ou un des groupements de collectivités territoriales participant à une société publique locale d'aménagement détient au moins la majorité des droits de vote.

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. »

ANNEXE 2

Code général des collectivités territoriales

Partie législative

PREMIÈRE PARTIE : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

LIVRE V : DISPOSITIONS ÉCONOMIQUES

TITRE III : SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

Article L1531-1 En savoir plus sur cet article...

Créé par LOI n°2010-559 du 28 mai 2010 - art. 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. »