

DES PRÉCISIONS CONCERNANT LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES (SPL)

L'essentiel

Une circulaire de la Direction Générale des Collectivités Locales précise les dispositions applicables aux sociétés publiques locales (SPL) et aux sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

Ces sociétés constituent 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* »).

Vous trouverez ci-après les précisions fournies dans ce cadre par l'Administration concernant le **régime juridique des SPL, les conditions de réalisation de prestations pour le compte de leurs actionnaires et les risques encourus lorsque ces conditions ne sont pas respectées (annulation de la délibération pour violation des règles de la commande publique, délit de favoritisme pour les élus ...)**.

Cette circulaire figure sur le site internet : www.circulaires.gouv.fr/ ce qui la rend applicable et opposable aux administrés, conformément au décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires.

Contacts : Valérie BAILLAT – Mail : baillatv@fntp.fr - Tél. : 01 44 13 32 34

TEXTES DE REFERENCE :

Circulaire N° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 de la Direction Générale des Collectivités locales

La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL) publiée au Journal officiel du 29 mai 2010 - Informations n° 89 Marchés n°14 du 22 juin 2010

Le régime juridique des sociétés publiques locales

1) Le capital social

Les SPL sont des **sociétés anonymes** régies par le code de commerce et sont composées **d'au moins deux actionnaires**, par dérogation à l'article L 225-1 du code de commerce.

Seules des collectivités territoriales et leurs groupements (Etablissements Publics de Coopération Intercommunale (EPCI), syndicats mixtes...) **peuvent participer à ces sociétés**. Une personne privée ne peut pas être actionnaire d'une SPL.

Conformément au droit commun, 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. Leur capital social doit être au moins égal à 37 000 € (art. L 224-2 du code de commerce). Toutefois, les seuils dérogatoires prévus pour les Sociétés d'Economie Mixte Locales (SEML) d'aménagement et de construction, compte tenu de leur spécificité et de l'importance financière de leurs opérations, leur sont applicables :

- 225 000 € au moins pour les SPL ayant pour objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location,
- 150 000 € au moins pour les SPL ayant dans leur objet l'aménagement (art. L 1522-3 du code général des collectivités territoriales).

Lorsque l'objet social de la SPL comporte à la fois des activités d'aménagement et de construction, le capital social doit être au moins de 225 000 €.

2) L'objet social

Les SPL ont un champ d'intervention beaucoup plus étendu que les SPLA. Elles sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou toutes autres activités d'intérêt général (art. L 1531-1 alinéa 2 du CGCT). Leur champ d'intervention est encadré par les mêmes règles que celles qui régissent les interventions économiques des collectivités et de leurs groupements qui ne peuvent intervenir que dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi.

L'action d'une collectivité doit être justifiée par un intérêt public local qui peut notamment résulter, selon la jurisprudence, d'une carence de l'initiative privée.

La compétence générale d'une collectivité territoriale est également limitée par le respect des compétences dévolues par les textes à d'autres personnes publiques. Ainsi, la création d'une SPL entre un EPCI et ses communes membres est possible dès lors que l'objet social se rapporte à une compétence partagée. A l'inverse, **en cas de transfert intégral d'une compétence à un EPCI, il ne peut être constitué une SPL entre l'EPCI et ses communes membres sur ce champ de compétence**.

Les SPL n'ont pas vocation 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. Les mutualisations de services fonctionnels entre collectivités territoriales et EPCI font l'objet de dispositions spécifiques issues de la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 (*cf. Informations FNTP n° 17 Marchés n° 6 du 21 janvier 2011*).

3) Le cadre d'intervention

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**. Une SPL ne pourra pas gérer un équipement situé en dehors du territoire des collectivités actionnaires (art. L 1531-1 du CGCT).

De même, **les SPL 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.

4) Les moyens d'action

En principe, les contrats passés par les SPL sont soumis 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. Il est à noter que les SPL ont toujours la possibilité de se soumettre volontairement au code des marchés publics.

Cependant, les SPL devront respecter les règles du code des marchés publics lorsqu'elles agiront dans le cadre d'un mandat d'une des collectivités ou groupements de collectivités actionnaires.

5) Les mesures de contrôle externe

Les SPL comme toutes les sociétés anonymes sont soumises aux contrôles d'un commissaire aux comptes, conformément à l'article L 225-218 du code de commerce.

Ces sociétés sont également soumises aux règles applicables aux sociétés d'économie mixte locales, sauf dispositions contraires.

- **Le contrôle du représentant de l'Etat**

Le **contrôle de légalité** porte notamment sur :

- les délibérations des collectivités ou de leurs groupements décidant de la création d'une SPL, 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 et les collectivités ou leurs groupements actionnaires,
- les marchés et contrats conclus entre les collectivités ou leurs groupements actionnaires et la SPL lorsqu'ils sont soumis à obligation de transmission.

Le contrôle spécifique

Les délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de l'assemblée générale, les comptes annuels et les rapports du commissaire aux comptes doivent être obligatoirement communiquées au représentant de l'Etat (art. L 1524-1 CGCT).

Ce contrôle spécifique peut déboucher sur la saisine de la chambre régionale des comptes par le Préfet (art. 1524-2 CGCT).

- **Le contrôle financier des chambres régionales des comptes**

Ce contrôle porte sur la vérification des comptes et le contrôle de gestion, conformément aux articles L 211-4 et L 211-8 du code des juridictions financières.

La réalisation de prestations intégrées pour le compte de leurs actionnaires

1) Le respect des critères de la « quasi-régie »

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a posé **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 (arrêt Teckal du 18 novembre 1999).

• Le critère du contrôle analogue

Les SPL ne peuvent être créées que par des collectivités territoriales et des groupements de collectivités. **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 contrat de quasi-régie et entrent par conséquent dans le champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence.

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 critère. 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. **Seul un contrôle au cas par cas des statuts permettra de déterminer le degré de contrôle de la ou des collectivités sur chaque SPL.**

Les dispositions du Code général des collectivités territoriales relatives aux SEML, qui sont applicables par renvoi, prévoient déjà des mesures permettant aux collectivités actionnaires d'exercer un certain degré de contrôle sur celles-ci. Néanmoins, **sous réserve de l'appréciation du juge, ces dispositions ne semblent pas suffisantes pour garantir le respect systématique de ce critère de contrôle analogue. Les statuts et le règlement intérieur des SPL devront prévoir des modalités de contrôle renforcé par les collectivités actionnaires sur les organes de gestion de la société.**

• Le critère de l'opérateur dédié

Le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit réaliser l'essentiel de son activité pour la ou les personnes qui le contrôlent. Ce qui devrait être le cas pour les SPL qui ne sont pas autorisées à exercer, même de manière très marginale, des activités pour le compte d'autres opérateurs.

2) Les risques encourus en cas de non-respect des critères régissant les relations de quasi-régie

Il y aurait alors une **violation des règles de la commande publique** et les actes passés seraient entachés d'irrégularité et donc susceptibles d'annulation par le juge. Les élus mandataires pourraient se trouver en situation de commettre un **délit de favoritisme (ou délit d'octroi d'avantages injustifiés) sanctionnable pénalement, conformément à l'article 432-14 du code pénal.**

La notion de quasi-régie résultant de la jurisprudence, une évolution de l'appréciation des critères ne peut être écartée. La DGCCCL s'engage à tenir informer les collectivités territoriales de toute évolution de la jurisprudence sur ce point.