

Economie mixte

Les Semop, des acheteurs à géométrie variable

Les actionnaires disposent de leviers pour maîtriser la qualification de leur entreprise commune.

Enjeu : la soumission, ou non, aux règles de la commande publique.

Par **Xavier Loiré**, avocat associé, Loiré Henochsberg AARPI

Les sociétés d'économie mixte à opération unique (Semop) ont été créées par la loi du 1^{er} juillet 2014, elle-même codifiée aux articles L. 1541-1 à L. 1541-3 du Code général des collectivités territoriales (CGCT). Ce sont des sociétés anonymes au capital conjointement détenu par une collectivité, ou un groupement de collectivités territoriales, et un ou plusieurs opérateurs économiques partenaires. Cette nouvelle forme d'économie mixte se développe depuis 2015 de manière soutenue (1).

Une question importante se pose en pratique : ces Semop constituent-elles des « organismes de droit public » (ODP) ? Une telle qualification imposerait en effet à la nouvelle société le respect du droit de la commande publique lors de la satisfaction d'une partie de ses besoins. Les acteurs publics et privés doivent donc connaître les leviers dont ils disposent pour maîtriser la qualification de leur société commune et encadrer les risques y afférents : objet du contrat, financement de l'activité, nomination des membres du conseil d'administration (2) et contrôle de la Semop.

Définition. Il faut en effet rappeler que les directives communautaires de 2014 relatives aux concessions (2014/23/UE) et aux marchés publics (2014/24/UE) s'appliquent à l'administration au sens étroit (Etat, collectivités territoriales...) mais aussi aux « organismes de droit public », les deux notions cumulées formant les « pouvoirs adjudicateurs » - ou les « entités adjudicatrices » dans le secteur des réseaux.

Les ODP sont des personnes, publiques ou privées, qui par la nature de leurs missions et du contrôle qu'exerce sur eux l'administration doivent respecter les exigences imposées à l'administration pour ses achats.

Aux termes de l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique (CCP) : « Les pouvoirs adjudicateurs sont : [...] 2° les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; 3° les organismes de droit privé

dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun. » Ces deux catégories d'ODP seront successivement examinées.

Les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général autres qu'industriel ou commercial

Précisons qu'il n'existe pas d'analogie de principe entre un besoin autre qu'industriel et commercial tel que visé par ce texte, et la notion traditionnelle de « service public industriel et commercial » (Spic), mais le plus souvent de simples recoupements.

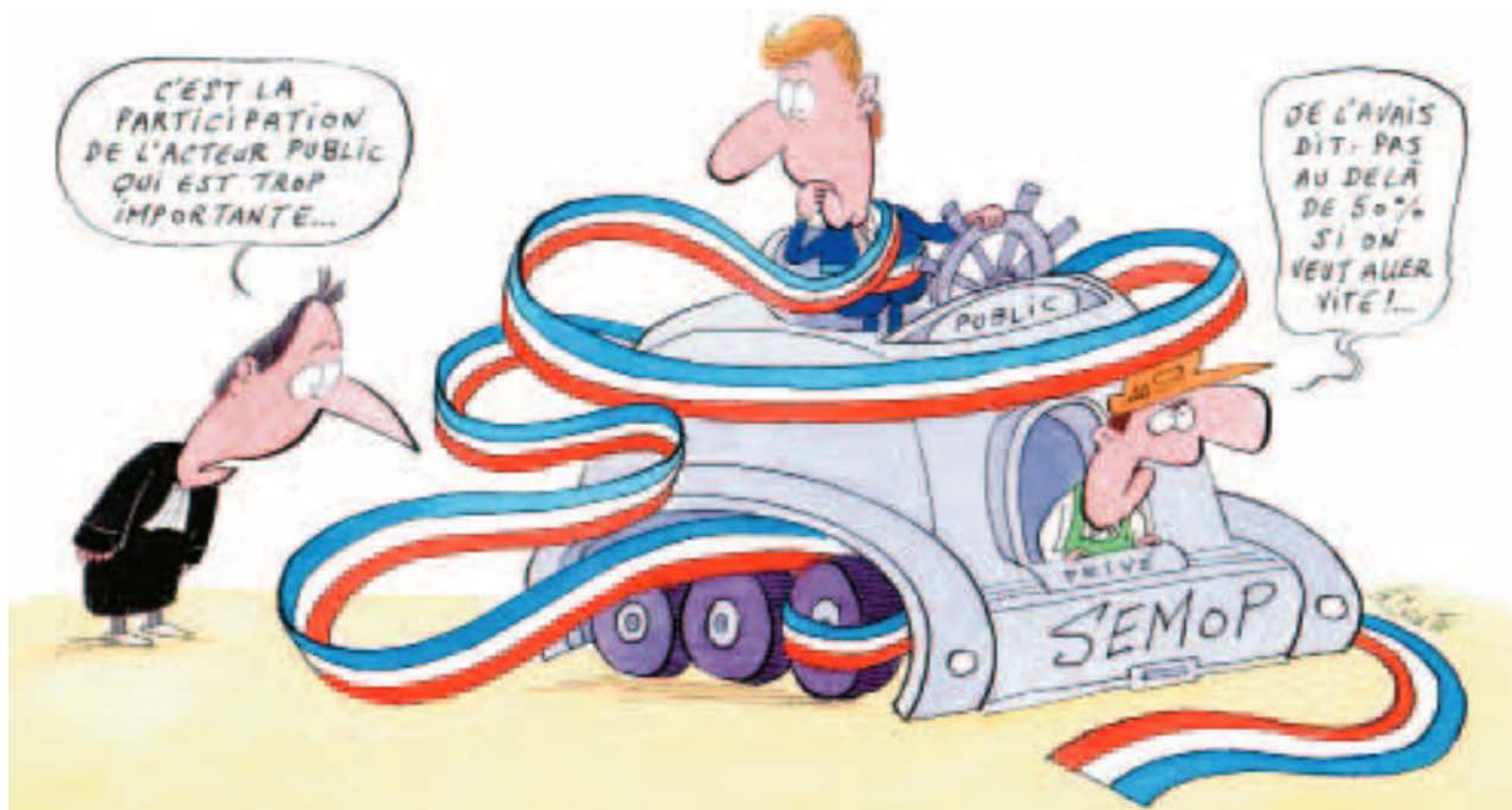
Sont considérés comme ayant un caractère non industriel ou commercial les besoins qui sont « satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'Etat choisit

La part de capital souscrite par la collectivité et ses subventions entrent en ligne de compte, mais pas les aides indirectes.

de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante » (CJCE, 27 février 2003, « Adolf Truley GmbH », aff. C-373/00).

L'analyse prendra « en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité [...], en ce compris, notamment, [l'absence de concurrence sur le marché], l'absence de poursuite d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause » (CJCE, 22 mai 2003, « Korhonen e.a. », aff. C-18/01, considérants 48 et 59). A noter que si la satisfaction de besoins d'intérêt général autres qu'industriel ou commercial ne constitue qu'une partie minoritaire des activités réellement entreprises par la Semop, le critère sera néanmoins considéré comme rempli (CJCE, 15 janvier 1998, « Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. », aff. C-44/96, cons. 25 et 26).

Si ce premier critère est rempli, il convient alors de vérifier les trois conditions alternatives précitées de l'article L. 1211-1 du CCP :



elles constituent des leviers devant permettre, selon le souhait des acteurs, de faire ou non de la Semop un pouvoir adjudicateur.

Financement de l'activité confiée. La notion de financement au sens de la directive « marchés publics » de 2014 a été définie par la Cour de justice de l'Union européenne comme « un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée » (CJUE, 12 septembre 2013, « IVD GmbH & Co », aff. C-526/11, cons. 22). Cette définition exclut les montants versés par un pouvoir adjudicateur en contrepartie d'une prestation de service réalisée par la Semop, même dans le cadre d'une activité d'intérêt général (CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, précité, cons. 24 et 25).

Les flux financiers concernés par cette notion sont les subventions, prêts, dotations en capital. Selon la doctrine, la notion de financement « implique que toute aide n'est pas visée, mais seulement les prestations en monnaie. Les aides indirectes, comme la mise à disposition de locaux ou des mesures d'ordre fiscal, ne constituent pas un "financement", mais une aide » (3). Il en va ainsi de la mise à disposition gratuite d'un terrain par une collectivité à sa Semop pour construire un équipement public. La compensation d'obligation de service public éventuellement versée ne relève pas non plus du financement de l'activité puisqu'elle est la contrepartie d'un service.

Lors du montage du projet, il apparaît donc nécessaire d'établir la proportion du financement de l'activité que représenteront la part de capital souscrite par la collectivité et les subventions versées à la Semop tout au long du contrat, pour déterminer si elle sera un ODP. Une fois identifiés les flux concernés, la maîtrise de cet élément de définition est aisée dès lors que l'appréciation est mathématique, le financement majoritaire renvoyant à « plus de la moitié » du financement de l'activité (CJUE, 3 octobre 2000, « University of Cambridge », aff. C-380/98, pt. 33). Il est donc

loisible à la collectivité initiatrice du projet de Semop d'organiser le financement de l'opération pour que l'activité confiée réponde ou non à la définition du 2° a) de l'article L.1211-1 du CCP. En amont du lancement, la collectivité s'appuiera utilement sur un compte d'exploitation prévisionnel intégrant l'ensemble des flux prévus durant l'exercice de l'activité de la Semop (dont les subventions issues d'autres personnes publiques).

Contrôle de la gestion. Concernant la condition alternative liée au contrôle, est visé un contrôle externe et non interne (CJCE, 1^{er} février 2001, « Commission c/ France », aff. C-237-99). Il a en outre été jugé qu'un simple contrôle a posteriori ne répond pas au critère du contrôle de gestion (CJUE, 12 septembre 2013, aff. C-526/11, précité).

Répond ainsi à la condition de contrôle de la gestion celui exercé par les pouvoirs publics sur les comptes annuels

(1) Sont apparues la SEM d'aménagement à opération unique (loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République) et la SEM hydroélectrique (loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte). A noter aussi la communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, « Les sociétés d'économie mixte locales : un outil des collectivités à sécuriser », mai 2019.

(2) Nous ne retenons pas ici le cas de la société anonyme avec conseil de surveillance et directoire que nous n'avons jamais croisé.

(3) Sophie Nicinski, « La notion de marché public, aspects organiques de la définition de l'organisme de droit public », in « Droit des marchés publics », classeur à mises à jour, Editions Le Moniteur, pt. II.220.2.1, janvier 2018.



de l'organisme et sa gestion en cours (exactitude des chiffres cités, régularité, recherche d'économies, de rentabilité et de la rationalité, et contrôle des achats) [CJCE, 27 février 2003, aff. C-373/00, précité].

Savoir si l'existence d'une minorité de blocage entre les mains du ou des associés publics d'une Semop implique automatiquement la qualification de pouvoir adjudicateur est une question intéressante et non tranchée par la jurisprudence.

La construction de la gouvernance conditionne le statut public ou privé de la Semop.

Imposée par le législateur, cette détention minimale de 34 % du capital (art. L. 1541-1 du CGCT) permet à l'actionnaire public de bloquer certaines décisions prises dans une assemblée générale extraordinaire (AGE). Mais les sujets devant impérativement être traités en AGE aux

termes du Code de commerce sont limités (en général, une augmentation de capital ou toute modification des statuts) et seront rares dans une Semop.

En pratique, la capacité d'influer sur la direction de la Semop ne réside pas dans la minorité de blocage mais dans la détention soit d'une part majoritaire du capital (et donc des sièges en conseil d'administration), soit dans la rédaction des statuts afin que l'actionnaire public minoritaire puisse faire jouer sa minorité de blocage sur davantage de thèmes que ceux listés dans le Code de commerce.

Il reviendra aux parties de construire une gouvernance qui permette la mise en place du statut souhaité en utilisant les possibilités offertes par le Code de commerce et le CGCT.

Ainsi, la liste des questions devant être évoquées devant le conseil d'administration peut être précisée dans les statuts et la majorité nécessaire à leur adoption peut être renforcée (art. L. 225-37 alinéa 2 du Code de commerce). La voix du président (toujours une collectivité) est prépondérante, sauf disposition contraire dans les statuts (art. L. 225-37 alinéa 4). Par ailleurs, en assemblée générale ordinaire (AGO), il est possible de renforcer le quorum requis pour certaines décisions. Il est également loisible de créer des comités devant lesquels un avis doit être obtenu.

Ces éléments peuvent créer un faisceau d'indices allant dans le sens (ou non) d'une qualification en organisme de droit public.

Nomination des administrateurs. Concernant enfin la troisième condition alternative, liée à la désignation des membres de l'organe d'administration, l'article L. 1541-1, III du CGCT énonce que « les statuts de la société d'économie mixte à opération unique fixent le nombre de sièges d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dont dispose chaque actionnaire. Ils sont attribués en proportion du capital détenu, ce nombre étant, le cas échéant, arrondi à l'unité supérieure. » Le nombre d'administrateurs ou de membres des organes de direction désignés par l'actionnaire public est donc directement lié à la part de capital détenue par celui-ci. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la possibilité de déroger à cette règle. Par sécurité, il semble donc préférable à ce stade d'appliquer strictement ce texte. La troisième condition alternative prévue par le CCP sera donc remplie si les actionnaires publics de la Semop disposent de plus de la majorité du capital.

Les organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun

Enfin, l'article L. 1211-1 du CCP prévoit un autre cas dans lequel une entité peut être qualifiée d'organisme de droit public : lorsqu'elle est constituée « par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ». Certains considèrent qu'il s'agit d'une catégorie résiduelle (4). Nous pensons au contraire que l'ensemble des Semop composées de plusieurs actionnaires publics présenteraient un risque d'être couvertes automatiquement par le champ d'application de l'article L. 1211-1, 3°. Il est en effet possible de considérer que, par définition, la Semop est un outil permettant de réaliser en commun une activité commune aux actionnaires publics. Or, ce cas n'est soumis à aucune autre condition pour induire la qualité d'ODP.

Cela signifie ainsi que toute Semop comportant plusieurs actionnaires publics devrait, par sécurité, être considérée comme un ODP et donc respecter les règles du Code de la commande publique pour ses achats. Mais cette qualification risque de rester théorique puisqu'on constate, d'une part, que le terme « groupement de collectivités » utilisé dans la définition légale de la Semop peut être considéré comme visant un EPCI ou un syndicat mixte ouvert, et non toute forme de groupement. Et d'autre part, que la problématique juridique qui entoure le sort des éventuels biens de retour financés et construits par la Semop lors de la dissolution de cette dernière semble difficilement franchissable. La propriété d'un bien du domaine public ne peut en effet être partagée entre personnes publiques en l'absence de texte législatif le prévoyant (CE, 1^{er} juin 1994, n° 118206, publié au Recueil). ●

(4) Paul Peyret, in *Jurisclasseur Contrats et marchés publics*, fasc. 45 : « Notion de pouvoir adjudicateur », 4 septembre 2019.

Ce qu'il faut retenir

► Les sociétés d'économie mixte à opération unique (Semop) peuvent, selon les cas, constituer, ou non, des « organismes de droit public », et donc des pouvoirs adjudicateurs. Dans l'affirmative, la société sera tenue de respecter le droit de la commande publique lors de la satisfaction d'une partie de ses besoins.

► Les critères à examiner sont fixés à l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique. Les actionnaires pourront jouer sur la part de financement de l'activité de la Semop assurée par la collectivité publique, sur les modalités de contrôle de sa gestion, ou encore sur la désignation des membres de l'organe d'administration.

► En revanche, si la Semop est constituée par plusieurs pouvoirs adjudicateurs pour réaliser des activités en commun, il nous semble qu'elle devra être considérée comme un organisme de droit public, soumis aux règles de la commande publique. En pratique toutefois, la dissolution d'une telle Semop soulèvera des difficultés insurmontables liées au partage des biens, il est donc peu probable que des acteurs optent pour cette forme.