HAL
open science

Compatibilité des SPL avec les règles de la concurrence et de la commande publique : Aut. conc., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales

Catherine Prebissy-Schnall

To cite this version:

Catherine Prebissy-Schnall. Compatibilité des SPL avec les règles de la concurrence et de la commande publique : Aut. conc., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales. Contrats Concurrence Consommation, 2012, 1. hal-01866506

HAL Id: hal-01866506

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01866506

Submitted on 3 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Compatibilité des SPL avec les règles de la concurrence et de la commande publique : Aut. conc., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales», *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, janvier 2012, comm. 26.

Catherine Prebissy-Schnall

Dans son avis sur les sociétés publiques locales (SPL), l'Autorité de la concurrence souligne que pour bénéficier de la dispense de concurrence réservée aux entités *in house*, les collectivités territoriales doivent veiller à expliciter la portée du contrôle analogue sur les SPL et veiller à ce que les compensations financières accordées à des SPL ne contreviennent pas à la réglementation européenne des aides d'État.

Aut. conc., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales

Note :

Par courrier du 15 avril 2010, le syndicat professionnel Entreprises générales de France-BTP (EGF-BTP) a transmis à l'Autorité de la concurrence (ci-après ADLC) une demande d'avis concernant la compatibilité de la proposition de loi « Pour le développement des Sociétés publiques locales » déposée au Sénat le 23 mars 2010 avec les règles européennes et françaises de la concurrence et de la commande publique. La proposition de loi a été adoptée par le Parlement quelques semaines à peine après la saisine pour avis. Il s'agit de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales *(JO 29 mai 2010, p. 9697* ; codifiée à l'article L.1531-1 du Code général des collectivités territoriales).

1. Contexte de la naissance du *in house* à la française

La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales a eu pour objet de « tirer le meilleur parti des évolutions récentes des règles communautaires auxquelles le législateur doit se conformer, en adaptant et en diversifiant les instruments juridiques dont disposent les collectivités pour leurs interventions économiques » *(Rapp. AN n° 2277, J.-P. Schosteck).*

Profitant ainsi de la brèche ouverte par le droit communautaire par la notion de « in house », le législateur français a créé, pour une phase d'expérimentation de 4 années, les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) introduites par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. Les collectivités locales étaient ainsi incitées à prendre directement en main l'aménagement de leurs territoires à travers des structures qu'elles contrôlent à 100 % et qui sont donc exonérées de mise en concurrence. En créant les sociétés publiques locales, le législateur de 2010 n'a pas seulement pérennisé le statut des SPLA en mettant fin à leur phase d'expérimentation. Il a également élargi le champ d'intervention des SPL dont le périmètre dépasse très largement celui de la SPLA. En effet, la société publique locale n'aura pas pour seul objet social l'aménagement au sens du Code de l'urbanisme. Ces sociétés seront compétentes pour réaliser non seulement des opérations d'aménagement mais également des opérations de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Concrètement, les SPL pourront réaliser des opérations de construction (construction de

parkings, équipements sportifs, logements sociaux, bâtiments publics...), exploiter le service de l'eau et de l'assainissement, du stationnement, des déchets, des transports, des remontées mécaniques. Il s'agit ici des mêmes domaines d'intervention que ceux de nombreuses sociétés d'économie mixte qui travaillent exclusivement pour une collectivité et dont le capital social n'est composé que de partenaires privés « symboliques ».

C'est dans ce contexte que l'Autorité de la concurrence a été amenée à étudier les questions soulevées par l'organisation professionnelle EGF-BTP.

2. Analyse concurrentielle et SPL

L'ADLC a répondu sur trois points :

– l'exonération de mise en concurrence préalable pour les délégations de service public au profit des SPL ;

– les règles applicables en matière de marchés passés par les SPL ;

– les règles relatives au droit des aides d'État concernant le financement des SPL et les compensations de service public qui leur sont attribuées par les collectivités territoriales.

À titre liminaire, l'ADLC recommande aux collectivités locales d'adopter une démarche pro-concurrentielle quant au choix des modes de gestion des services publics.

Le facteur pro-concurrentiel de l'évaluation préalable des modes de gestion des services publics. – Les collectivités territoriales disposent de plusieurs modalités d'action pour l'exercice de leurs missions de service public : la régie, la création de structures dédiées (comme la SPL) ou le recours à un délégataire privé par la voie contractuelle. Le choix entre ces différentes options est opéré par une analyse des avantages comparatifs d'une solution par rapport aux autres solutions dans le but d'optimiser le coût attendu et la qualité escomptée du service (examen des conditions de solidité et de sécurité juridique des montages et des procédures de passation au regard des besoins exprimés par la personne publique ; résultats des simulations financières ; calendrier du déroulement de chaque schéma etc). Cette méthodologie de l'évaluation préalable s'applique non seulement aux contrats de partenariat au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée mais aussi aux autres partenariats public-privé pour lesquels une évaluation préalable doit être réalisée (projets d'AOT-LOA sectoriels de l'État supérieur à 1 M € *(L. 28 juill. 2008 relative aux contrats de partenariat, art. 48)* ; baux emphytéotiques administratifs sectoriels des collectivités territoriales ou de leurs BEA de droit commun, si l'éligibilité au FCTVA est recherchée *(CGCT, art. L. 1615-13)* et à condition que la somme cumulée des loyers HT soit inférieure à 10 M € ; baux emphytéotiques hospitaliers *(C. santé publ., art. R. 6148-1)*. Concernant les SPL, cette évaluation préalable est prévue à l'article L. 1411-19 du CGCT qui dispose 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. Elles statuent au vu d'un rapport qui présente le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer la société publique locale délégataire »*. Cette démarche pro-concurrentielle s'inspire ainsi de la règle prévue à l'article L. 1411-4 du Code général des collectivités territoriales qui oblige l'assemblée délibérante de la collectivité à se prononcer « sur le principe » du recours à une délégation pour l'exécution

d'un service public, avant de lancer la procédure de choix du prestataire *(J.-M. Peyrical, De nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux : AJDA 2011, p. 934. – S. Dyens, Comment choisir son mode de gestion ? : AJCT 2011, p. 486).*

Sur l'exonération de mise en concurrence préalable pour les délégations de service public au profit des SPL : attention à expliciter la portée du contrôle analogue. – Le Conseil constitutionnel avait déclaré inconstitutionnelle l'exonération des obligations de publicité imposées par la loi *Sapin* du 29 janvier 1993 dans le cas de délégations de service public consenties aux sociétés d'économie mixte *(Cons. const., déc. n° 92-DC-316, 20 janv. 1993, sur la Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JO 22 janv. 1993, p. 1118 ; Rec. cons. const., p. 14 ; RJC I-516 ; RFD adm. 1993, n° 5, p. 902, note D. Pouyaud).* L'article 2 de la loi du 28 mai 2010 exempte la collectivité de la mise en concurrence prévue pour les délégations de service public lorsqu'elle décide de confier la délégation à une SPL dont elle est actionnaire.

La création du statut de la SPL permet-elle aux collectivités publiques de contourner l'obligation de mise en concurrence pour la passation de certains marchés publics ou délégations de service public, comme le souligne le syndicat EGF-BTP ?

La Cour de justice de l'Union européenne a progressivement élaboré depuis une dizaine d'années, une jurisprudence qui autorise les collectivités et leurs groupements à déroger aux obligations concurrentielles applicables aux marchés publics et aux délégations de service public lorsqu'elles confient certaines activités à des sociétés qu'elles détiennent et contrôlent étroitement. Il s'agit du mécanisme dit du « in house » ou de « prestations intégrées ». Dans sa jurisprudence *Teckal Slr c/ Commune di Viano (CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98 : Rec CJCE 1999, I, p. 8121)*, la Cour de justice a dégagé les critères permettant d'exempter le pouvoir adjudicateur de l'obligation de mettre en concurrence une société à qui il souhaite acheter une prestation. Afin que cette dérogation ne fausse pas le fonctionnement de la concurrence entre les sociétés privées, son bénéfice suppose que deux conditions cumulatives soient satisfaites :

– d'une part la collectivité doit « exercer sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ». Ce critère du contrôle analogue a été enrichi de définitions plus détaillées. Selon la jurisprudence *Stadt Halle (CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03)*, le capital de la société doit être totalement public (V. également *Cons. const., déc. n° 92-DC-316, op cit.).* Selon l'arrêt de la CJCE du 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH (aff. C-458/03)*, la réalité et l'intensité du contrôle de la société par la ou les collectivités locales sont évaluées non seulement au vu de la structure du capital de la société, mais aussi de la composition et du fonctionnement concret de ses organes de direction. Et le contrôle analogue peut être établi même s'il émane de plusieurs autorités adjudicatrices *(CJCE, 19 avr. 2007, ASEMFO, aff. C-295/05. – CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA, aff. C-324/07) ;*

– d'autre part, cette personne, juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, doit « réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » *(CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA, aff. C-340/04* : la proportion de l'activité de la société consacrée aux commandes des personnes publiques qui l'ont institué est appréciée globalement pour l'ensemble de celles-ci, et non pour chacune d'entre elles).

Cette exception du *in house* se retrouve également à l'article 3 du Code des marchés publics et à l'article L. 300-5-2 du Code de l'urbanisme. Elle a été consacrée par le Conseil d'État dans

son arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*, du 6 avril 2007 *(n° 284736)* où il admet « l'hypothèse de l'existence d'une relation directe dans le cas où les collectivités créent un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service, et à la condition qu'elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles font peser sur leur propre service, leur donnant les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire ». On constate ainsi que l'objectif du mécanisme du *in house* tend à « desserrer quelque peu le carcan des règles de la commande publique appliquées à un certain nombre d'organismes gravitant autour du pouvoir adjudicateur » *(Devès Claude, La loi n° 2010-559, 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique : JCP A 2010, 2229).*

S'agissant des SPL, dans la mesure où leur capital est totalement public et qu'elles ne pourront agir que pour le compte de ses collectivités actionnaires, l'ADLC estime que la dérogation aux règles de mise en concurrence est justifiée par l'application des critères de la jurisprudence *Teckal*. Toutefois, elle attire l'attention des collectivités de rattachement de la SPL sur l'étendue de leur pouvoir de contrôle sur cette société. « Les modalités prévues devront concerner notamment la définition de l'objet social de la société, la désignation des dirigeants, la fixation de la stratégie, le contrôle des résultats obtenus. Ces différentes modalités n'ont aucunement une valeur exhaustive et ne sont citées que pour expliciter la portée du « contrôle analogue » devant être mis en place par la collectivité publique sur la SPL » *(Avis, pt 46)*. La rédaction des statuts de la SPL sera un point fondamental qui permettra au juge, en cas de contentieux, d'évaluer, au cas par cas, dans quelle mesure le contrôle analogue nécessaire à la situation de quasi-régie a été organisé par les statuts. Si une mission est confiée directement à une SPL et que la relation de quasi-régie n'est pas effective, la procédure sera illégale pour manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Sur les règles en matière de mise en concurrence pour les marchés passés par les SPL : l'ordonnance du 6 juin 2005 s'applique. – La loi sur le développement des SPL est-elle susceptible de remettre en cause la libre concurrence ? Si la création des SPL se situe bien dans la seule exception à la mise en concurrence autorisée par le droit communautaire, la SPL peut néanmoins se retrouver soumise à une obligation de mise en concurrence si elle décide de s'arracher de sa collectivité génitrice et de passer ses propres marchés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices non soumis au Code des marchés publics (transposition des obligations générales des directives marchés 2004/18/CE et 2004/17/CE du 31 mars 2004). Il convient d'aller plus loin que l'avis de l'ADLC et d'ajouter que les SPL sont tenues de respecter les règles du Code des marchés publics quand elles agissent dans le cadre d'un mandat tel que prévu par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi *MOP)*.

Sur la compatibilité du régime des SPL avec les règles européennes en matière d'aides d'État : attention aux compensations financières accordées aux SPL. – La question de l'existence d'une aide publique peut se poser à deux stades : au moment de la création d'une SPL, les collectivités publiques assurant la dotation en capital de la société ; ou lors du financement d'opérations confiées à une SPL par la collectivité de rattachement, en particulier dans le cadre d'une délégation de service public qui serait confiée à la SPL. Le financement public des sociétés publiques locales par les collectivités territoriales est-il contraire au droit européen des aides d'État ?

La notion du *in house* est une notion du droit des marchés publics alors que les règles en matière d'aides d'État relèvent du droit de la concurrence. L'application des règles de concurrence et notamment des règles d'aides d'État ne dépendent pas du statut juridique ou de la nature de l'entité fournissant des services d'intérêt économique général, mais du caractère « économique » de l'activité que cette entité exerce. Pour la Cour de justice, le concept d'entreprise couvre toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de l'entité ou de la façon dont elle est financée *(CJCE, 23 avr. 1991, Höfner, aff. C-41/90 : Rec. CJCE 1974, pt 21. – CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov e.a., aff. jtes C-180/98 à C-184/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 6451).* Dans la mesure où toute activité qui consiste à offrir des biens et/ou des services sur un marché donné est une activité économique au sens des règles européennes de concurrence *(CJCE, 16 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. 118/85 : Rec. CJCE 1987, p. 2599, pt 7)*, certaines SPL pourraient donc être considérées comme des entreprises au sens du droit de la concurrence. Elles sont susceptibles de réaliser ou d'exploiter des services économiques d'intérêt général (SIEG).

Or, dans un guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de marchés publics et de marché intérieur (28 janvier 2011, IP/11/106), la Commission européenne penche en faveur d'une application très stricte du droit des aides d'État. Par conséquent, les règles relatives aux aides d'État s'appliquent si le financement public de l'activité économique exercée par la SPL remplit les conditions de l'article 107, § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et si toutes les conditions de la jurisprudence *Altmark* ne sont pas remplies *(CJCE, 24 juill. 2003, Altmark, aff. C-280/00* : quatre conditions cumulatives doivent être remplies pour que les compensations de service public puissent échapper à la qualification d'aide d'État (exigence d'un acte officiel ; exigence de transparence ; exigence de nécessité et de proportionnalité ; exigence de concurrence non faussée garantie par des coûts de financement du SIEG. – V. également *C. Bergeal, Doit-on craindre un détournement de la société publique locale par les collectivités locales ? : AJCT 2011, p. 19).*

L'ADLC insiste sur le fait que même si les autorités publiques bénéficient d'une grande marge de manœuvre quant à la définition de ce qu'elles considèrent comme des SIEG, les collectivités publiques doivent prêter attention aux deux limites posées par le droit communautaire lorsqu'elles définissent l'objet social d'une SPL :

– première limite : dans les secteurs harmonisés au niveau de l'Union (par exemple, le secteur de l'énergie), la marge de manœuvre des États membres ne peut être utilisée que dans le cadre des règles de cette harmonisation ;

– seconde limite : la définition des SIEG est soumise au contrôle de l'erreur manifeste par la Commission et les juridictions de l'Union.

L'ADLC recommande aux collectivités publiques d'être particulièrement vigilantes lorsqu'elles accordent des compensations financières à des SPL exerçant une activité économique dans la mesure où ces transferts financiers sont susceptibles de contrevenir à la réglementation européenne des aides d'État *(Avis, pt 78)*. Elle souhaite que chaque compensation financière fasse l'objet d'un mandat qui décrit précisément les missions de service public confiées à la SPL, les paramètres de calcul, de contrôle régulier et de révision éventuelle de la compensation financière, ainsi que les modalités de remboursement à la collectivité publique des possibles surcompensations financières *(pt 99)*.

En conclusion, cet avis de l'ADLC donne des recommandations sur des problématiques bien connues car déjà soulevées par un certain nombre de textes (V. notamment *Rapp. AN n° 2277, J.-P. Schosteck. – Min. int., circ. 29 avr. 2010, n° COT/B/11/08052/C).* Mais il a surtout le mérite d'interroger sur la question sensible des aides d'États au vu des liens très étroits unissant la personne publique et l'entreprise et au vu des réflexions actuellement engagées autour de l'avenir des services sociaux d'intérêt général.

Mots clés : Concurrence. - Société publique locale. - Régime d'aides d'État. - Application stricte