

Les futures sociétés publiques locales d'aménagement : un opportun outil pour l'aménagement intercommunal

Ecartées dans le cadre de l'adoption de la loi sur les concessions d'aménagement¹, les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) devraient voir le jour dans la future loi portant engagement national pour le logement. Dans le cadre des débats parlementaires, un article 4 ter B a, à cet effet, été adopté par l'Assemblée Nationale² avec avis favorable du Gouvernement puis, par le Sénat, en seconde lecture, après quelques modifications ayant également recueillies le même avis favorable³. Après seconde lecture devant l'Assemblée Nationale courant juin (et éventuellement commission mixte paritaire), la promulgation est attendue fin juin – début juillet

Pour les collectivités et leurs groupements, l'intérêt de la SPLA réside dans son caractère *in house* lui permettant de se voir confier la réalisation d'opérations d'aménagement sans mise en concurrence. La SPLA constitue en ce sens une intéressante alternative aux SEML d'aménagement qui doivent être mises en concurrence pour l'attribution des mandats et concessions d'aménagement dès lors que (i) les contrats en cause ne sauraient valablement échapper au champ de la commande publique⁴ et (ii) la qualification de prestataire *in house* a été refusée aux SEML⁵.

Pour mémoire des lois récentes ont, dans d'autres secteurs d'activités, autorisé la création de sociétés à capital 100% public afin d'éviter des procédures de publicité et de mise en concurrence parfois formelles⁶.

La législation française intègre ainsi progressivement un dispositif existant dans de nombreux pays européens.

¹ Loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement. Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de cette loi, un amendement avait présenté au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire par Monsieur Jean-Pierre Grand. avait été retiré devant l'engagement du Gouvernement de parvenir « avant la fin de l'année » à un dispositif juridiquement satisfaisant.

² JOAN, 1^{ère} séance du 27 juin 2005.

³ Le projet de loi est inscrit dans le calendrier prévisionnel de l'Assemblée Nationale en seconde lecture pour la seconde quinzaine de mai. Il devrait dès lors être adopté avant la fin de la session.

⁴ CE, Assemblée, 5 mars 2003, *UNSPIC*, n°233372 (irrégularité de l'exclusion des mandats du code des marchés publics) ; CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sté Sodegis*, n°01BX00381 (soumission des convention d'aménagement aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant du Traité).

⁵ CJCE 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03 : absence de caractère « *in house* » des SEM dès lors que participe à leur capital au moins une entreprise privée (indépendamment du caractère minoritaire de cette participation).

⁶ Loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, article 7 (sociétés aéroportuaires), loi n°2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, article 35 (sociétés portuaires).

La future loi portant engagement national pour le logement devrait insérer après l'article L.326-7 du code de l'urbanisme un chapitre VII intitulé « *Sociétés publiques locales d'aménagement* » comprenant un seul article ainsi rédigé :

« Art. L.327-1- *Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, à titre expérimental, pour une durée de cing ans, prendre des participations dans 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, pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres, toute opération d'aménagement au sens du présent code.

Les sociétés publiques locales d'aménagement revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et par le chapitre IV du titre II du livre V de la première partie du code général des collectivités territoriales. »⁷.

1 La qualification de « in house » au regard du droit de la commande publique

La notion de *in house* suppose, au sens de l'arrêt *Teckal*⁸, que « *la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et [que] cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.* ».

Il s'agit là de deux conditions cumulatives permettant d'écarter toute obligation de publicité et de mise en concurrence résultant des directives⁹ ou du « droit primaire »¹⁰, en l'absence de « *convention entre deux personnes distinctes* » (point 49 de l'arrêt, notion d'autoproduction ou d'« *autocontrat* »).

La CJCE a eu l'occasion de se prononcer sur les exigences afférentes à chacune des deux conditions :

- ✎ concernant la notion de « *contrôle analogue* », la simple participation, même minoritaire, d'une personne privée est exclue¹¹ ;
- ✎ s'agissant de la notion d'activité essentiellement réalisée avec la ou les collectivités « *détentrices* », les interventions pour le compte de tiers doivent demeurer marginales¹².

La CJCE subordonne en outre la qualification à la pérennité de la réunion de ces deux conditions¹³. Il en résulte que pour recevoir la qualification de *in house* la SPLA devra remplir ces deux conditions (contrôle et activité) de manière manifestement durable (ou pas manifestement précaire).

Une incertitude demeure néanmoins sur le champ d'application de l'exception *in house* au regard de l'articulation des deux conditions.

⁷ Les parties soulignées correspondent aux amendements adoptés par le Sénat lors de sa séance du 6 avril principalement à l'initiative de la commission des affaires économiques et de son rapporteur, M. Dominique Braye.

⁸ CJCE 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, point 50.

⁹ Arrêts *Teckal* et *Stadt Halle*, précités ; CJCE, 10 novembre 2005, *République d'Autriche*, aff. C-29/04.

¹⁰ CJCE 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03 ; CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03 ; CJCE 6 avril 2006, ANAV, aff. C-410/04.

¹¹ Arrêt *Stadt Halle*.

¹² Arrêts *Parking Brixen*, ANAV et *Cabotermo SpA*, *Consorzio Alisei* (CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04, point 63).

¹³ Arrêt *République d'Autriche*.

L'intervention de la SPLA pour l'ensemble de ses collectivités détentrices ne devrait pas remettre en cause le caractère *in house* des relations entre la SPLA et sa « collectivité de tutelle »¹⁴.

Néanmoins ces interventions pour les collectivités détentrices autres que la collectivité de tutelle ne sauraient, en l'état actuel de la jurisprudence, échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors que ces collectivités ne pourront prétendre exercer sur la SPLA un contrôle analogue à celui que chacune d'entre elle exerce sur ses propres services. L'idée d'un contrôle conjoint, par plusieurs collectivités, dans des conditions analogues à celui que chacune exercerait sur ses propres services serait pour le moins audacieuse¹⁵. Dans sa rédaction actuelle le texte ne s'engage pas dans cette voie puisqu'il impose la détention de la majorité des droits de vote par l'une des collectivités actionnaires.

Le droit français traduit ces ambiguïtés de la jurisprudence : si le code des marchés publics subordonne, pour les marchés publics, l'exception *in house* à un contrôle unique¹⁶, le code de l'urbanisme mentionne, pour les concessions d'aménagement, un contrôle par plusieurs collectivités¹⁷.

La difficulté pourrait en l'espèce résulter de l'articulation entre la soumission au statut des sociétés anonymes, imposant sept actionnaires, le contrôle par une collectivité, l'exclusion potentielle de l'exception *in house* s'agissant des interventions auprès des autres collectivités actionnaires et donc l'intérêt pour ces dernières de participer au capital de la société.

L'hypothèse d'une société à actionnaire unique, imaginée lors des débats sur le projet de loi relatif aux concessions d'aménagement, eût semblé sur ce point préférable.

Dans tous les cas les techniques juridiques sophistiquées mises en œuvre en droit des sociétés pourront opportunément être transposées dans la constitution des SPLA afin de satisfaire à l'objectif de doter la collectivité d'un outil d'aménagement *in house* pérenne.

2 Le droit des sociétés au secours du « in house »

Bien que les statuts inscrivent la SPLA dans un cadre juridique particulier dont la violation impliquerait une perte des conditions requises par la loi, il sera toujours possible, comme dans toute société anonyme, de modifier lesdits statuts à la majorité qualifiée des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés (art L.225-96 al 3 du code de commerce).

Il n'apparaît ainsi pas possible d'interdire, ou de subordonner à l'unanimité des actionnaires, la modification de l'objet social de la SPLA et donc de limiter les activités que la société peut être amenée à exercer. Or, ainsi qu'il a été exposé, le caractère *in house* suppose que la société exerce l'essentiel de son activité pour la collectivité qui la détient.

A l'effet de conforter, au-delà des statuts, le caractère durablement *in house* de la SPLA, il semblerait opportun d'accompagner la création de la société de la signature d'un pacte d'actionnaires, par lequel ces derniers s'engageraient sur la conservation d'un objet statutaire strictement conforme à la loi (pas d'objet connexe, annexe, ou différent) limitant, le cas échéant, les activités exercées par la société ainsi que les destinataires potentiels.

¹⁴ L'arrêt *Cabotermo SpA* utilise ce terme de « collectivité de tutelle » pour désigner la collectivité qui exerce sur l'organisme un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (point 65 de l'arrêt).

¹⁵ Cette idée est esquissée dans les conclusions de l'avocat général sur l'arrêt *Cabotermo SpA* (point 37 des conclusions).

¹⁶ Article 3, 1° du code des marchés publics (version 2004).

¹⁷ Article L.305-2 du code de l'urbanisme mais cette rédaction résulte peut-être d'une confusion entre contrôle et détention

Ce pacte d'actionnaires, à la différence des statuts, ne pourrait être modifié qu'à l'unanimité. Son existence conforterait la pérennité du caractère *in house* tel que résultant de la jurisprudence de la CJCE (cf ci-dessus).

3 Quelle évolution des SEML d'aménagement en sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) ?

La rédaction actuelle du futur article L.327-1 du code de l'urbanisme (« *Les sociétés publiques locales d'aménagement revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et par le chapitre IV du titre II du livre V de la première partie du code général des collectivités territoriales* ») indique clairement que les futures sociétés publiques locales d'aménagement seront des sociétés anonymes particulières, dont l'objet, ainsi que la composition et la détention du capital, seront strictement restreints.

Cette même rédaction ne permettant pas a priori d'envisager une transformation par simple modification des statuts (notion de prise de participation dans une société publique locale d'aménagement), ces sociétés devraient être nouvellement créées par apport des collectivités et groupements concernés.

Le transfert de l'intégralité de l'actif et du passif d'une SEML d'aménagement (évitant la complexe liquidation de cette SEML) à une société publique locale d'aménagement pourrait opportunément être envisagé dans le cadre de la création d'une société publique locale d'aménagement qui procéderait à l'acquisition de l'intégralité des titres de la SEML puis à :

- ✍ une fusion simplifiée des deux sociétés (article L.236-11 du code de commerce), la SEML étant dissoute et absorbée par la SPLA détenant 100% de son capital,
- ✍ ou une dissolution résultant de la réunion de toutes les actions en une seule main (article 1844-5 alinéa 3 du code civil).

Il convient à ce stade de noter que la cession de l'intégralité des titres d'une SEML à une société publique locale d'aménagement est susceptible d'être qualifiée de privatisation dès lors que la SEML deviendrait la filiale d'une société privée, ce nonobstant l'appartenance de ladite société au secteur public. Cette privatisation pourrait néanmoins, compte tenu de l'effectif et du chiffre d'affaires de la SEML, faire l'objet de la procédure simplifiée de déclaration prévue par l'article 21 de la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités de privatisation.

Dans les deux cas (fusion ou dissolution d'une filiale à 100%), l'intégralité des actifs et passifs de la SEML seraient repris par la SPLA (transmission universelle du patrimoine) sans augmentation de capital. S'il y a lieu, l'opération pourrait donner lieu à réduction de capital réservée à l'actionnaire majoritaire pour lui permettre de récupérer son prorata des 150.000 € constituant le capital initial (dans le cas d'une capitalisation de la prime de fusion).

Un tel schéma paraît adapté à la plupart des situations, car il permet le transfert des opérations d'aménagement en évitant une liquidation de la SEML qui imposerait une délicate clôture des opérations en cours (impacts budgétaires et fiscaux notamment au regard de la TVA).

Par ailleurs, et sous réserve d'examen de chaque situation particulière, les opérations de fusion, d'apport partiel d'actif et de dissolution par réunion de toutes les actions en une seule main peuvent en principe bénéficier du régime fiscal de faveur prévu par les articles 210-A et suivants du code général des impôts et par l'article 811-2° de ce même code.

Conclusion

La future SPLA devrait opportunément compléter le panel des outils mis à la disposition des collectivités territoriales et de leurs groupements pour réaliser des opérations d'aménagement.

Le caractère *in house* des SPLA, qu'il apparaît souhaitable de conforter en utilisant des techniques juridiques que les spécialistes du droit des sociétés mettent en œuvre depuis de longues années, éviterait des procédures de mise en concurrence parfois purement formelles.

Le passage de la SEML à la SPLA sans une liquidation imposant une complexe et parfois délicate clôture des opérations en cours sera, là encore, facilité par les techniques juridiques du droit des sociétés.

Société comprenant uniquement des actionnaires publics locaux dans une proportion au moins égale à sept, la SPLA devrait concrétiser un « partenariat public – public » autour d'un actionnaire majoritaire qui pourrait, à l'échelle d'une intercommunalité, être l'établissement public de coopération intercommunale. Ce nouvel outil apparaîtra à point nommé dans une période où les communautés urbaines et d'agglomération doivent définir l'intérêt communautaire en matière de création et de réalisation de ZAC.

Eric de Fenoyl
Avocat au Barreau de Marseille
TAJ Société d'Avocats
Département Secteur Public

François Marengi
Avocat au Barreau de Marseille
Spécialiste en Droit des Sociétés
TAJ Société d'Avocats