

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère de la cohésion des territoires et
des relations avec les collectivités
territoriales

Instruction du Gouvernement du 14 octobre 2019 relative à l'application de la loi n° 2019-463 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales

NOR : COTB1915137J

(Texte non paru au journal officiel)

**La ministre de la cohésion des territoires
et des relations avec les collectivités territoriales,**

**Le ministre auprès de la ministre de la cohésion des territoires
et des relations avec les collectivités territoriales,
chargé des collectivités territoriales,**

à

**Mesdames et messieurs les préfets de région
Mesdames et messieurs les préfets de département**

Pour information :
Secrétariat général du Gouvernement
Secrétariat général du MTES et du MCTRCT

Résumé : Cette instruction du Gouvernement a pour objet de présenter les dispositions de la loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales et d'en expliciter les modalités d'application.
--

Catégorie : Interprétation à retenir, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, lors de l'analyse de la portée juridique des textes législatifs ou réglementaires.	Domaine : Collectivités territoriales		
Type : Instruction du gouvernement	et /ou Instruction aux services déconcentrés		
<input checked="" type="checkbox"/> Oui	<input type="checkbox"/> Non	<input checked="" type="checkbox"/> Oui	<input type="checkbox"/> Non
Mots clés liste fermée : Collectivités territoriales, aménagement et développement du territoire	Autres mots clés libres : Economie mixte Entreprises publiques locales Sociétés d'économie mixte locales		

	Sociétés publiques locales Sociétés publiques locales d'aménagement
Texte(s) de référence :	
Circulaire(s) abrogée(s) :	
Date de mise en application : immédiate	
Opposabilité : Oui [X] Non [...] <i>La circulaire est rendue opposable à la date indiquée sur le BO du MTES / MCTRCT à l'onglet « documents opposables »</i>	
Pièce(s) annexe(s) :	
Publication : circulaires.gouv.fr <input type="checkbox"/> BO <input checked="" type="checkbox"/>	

La loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (EPL), issue d'une initiative sénatoriale, a assoupli les conditions de participation des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales au capital des sociétés d'économie locales (SEML), des sociétés publiques locales (SPL), des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et des sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (SPLA-IN).

I. Le contexte

L'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose :

« Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques [...] ».

Cette rédaction était déjà celle de l'article 1^{er} de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, qui a institué le régime juridique actuel de ces sociétés dans le contexte de la décentralisation.

Des dispositions similaires existent pour les SPL¹ et les SPLA².

En vertu de ces dispositions, il est constant qu'une collectivité territoriale (ou un groupement de collectivités territoriales) n'a pas le droit de faire *via* une SEML, une SPL ou une SPLA ce qu'elle n'a pas le droit de faire elle-même. La nouvelle loi ne revient pas sur ce principe.

Dans ce cadre, se posait toutefois la question des sociétés dites à objet « mixte », dont les missions relèvent en partie de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement actionnaire et en partie non. Dans une décision du 14 novembre 2018³, le Conseil d'État a tranché le cas de ces sociétés à objet « mixte ». Jusqu'alors, les décisions des cours administratives d'appel se partageaient entre deux interprétations :

¹ Article L. 1531-1 du CGCT.

² Article L. 327-2 du code de l'urbanisme.

³ CE, 14 novembre 2018, syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles, n° 405628.

- selon la plus stricte, la collectivité territoriale ou le groupement ne pouvait participer à une SEML ou une SPL que si elle détenait la totalité des compétences correspondant aux missions de la société⁴ ;
- selon une lecture plus ouverte, la collectivité territoriale ou le groupement ne pouvait participer à une SEML ou une SPL que si la part prépondérante des missions de la société n'outrepassait pas son domaine de compétence⁵.

Le Conseil d'État avait retenu la lecture selon laquelle toutes les missions de la société doivent relever des compétences de la collectivité territoriale ou du groupement. Cette décision concernait en l'espèce une SPL, mais elle était transposable aux autres EPL. C'est sur cette interprétation que la loi a entendu revenir.

II. Les dispositions issues de la loi

1) Une collectivité peut être actionnaire même si ses compétences ne recouvrent pas toutes les activités de la société

En vertu de la nouvelle loi, une collectivité territoriale ou un groupement peut participer au capital d'une SEML, d'une SPL ou d'une SPLA/SPLA-IN dès lors qu'il détient au moins l'une des compétences correspondant aux missions de la société. Il n'est pas nécessaire que ses compétences recouvrent toutes les missions de la société.

La loi dispose pour les SPL que « *Lorsque l'objet de ces sociétés inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. La réalisation de l'objet de ces sociétés concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires* ». Un dispositif similaire est prévu pour les SEML, les SPLA et les SPLA-IN.

Les sociétés à objet « mixte » sont ainsi autorisées.

L'article 4 de la loi tendant à sécuriser l'actionnariat des EPL rend applicable les dispositions nouvelles sur l'actionnariat aux sociétés constituées antérieurement à sa publication. Ainsi, les sociétés déjà existantes à la date de publication de la loi et soumises aux règles en cause bénéficient des nouvelles dispositions et voient leur actionnariat régularisé.

2) Chaque collectivité territoriale ou groupement actionnaire doit être compétent pour au moins une partie de l'objet social de la société

Les articles L. 1522-1 et L. 1531-1 du CGCT, ainsi que l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, respectivement applicables aux SEML, SPL et SPLA et SPLA-IN, ont été complétés pour préciser que lorsque l'objet de la société inclut plusieurs activités, « *la réalisation de cet objet concourt à l'exercice d'au moins une compétence* » de chacune des collectivités territoriales et de chacun des groupements actionnaires.

⁴ CAA de Nantes, 19 septembre 2014, syndicat intercommunal de la Baie, n° 13N01683.

⁵ CAA de Lyon, 4 octobre 2016, SEMERAP, n° 14LY02753.

Comme le souligne le rapport de la commission des lois au Sénat, cette disposition vise à « *remettre expressément en cause la jurisprudence du Conseil d'État qui impose que toutes les compétences soient détenues par les actionnaires* ». La commission des lois a souhaité que la loi « *n'introduise que des dispositions strictement nécessaires à la mise en échec de la jurisprudence du Conseil d'Etat* », comme l'a précisé le rapporteur en séance.

Une collectivité territoriale ou un groupement peut donc désormais participer au capital d'une EPL dès lors qu'il détient au moins une des compétences correspondant à l'objet social de la société.

En l'absence d'une telle compétence, cette participation demeure impossible⁶.

Lorsque l'objet social de la société ne se rattache qu'à une compétence, chacun des actionnaires doit la détenir.

Il s'ensuit que l'objet social de la société, qu'il soit constitué d'une ou plusieurs activités, doit comme par le passé être défini de manière suffisamment claire et précise pour vérifier le rattachement des activités aux compétences des actionnaires. Il appartient aux préfets de s'en assurer dans le cadre de l'exercice du contrôle de légalité.

La loi ne revient pas non plus sur le principe d'exclusivité au sein du bloc communal. Ainsi, une commune et un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) dont elle est membre ne peuvent participer ensemble au capital d'une entreprise publique locale au titre d'une même action. En effet, si l'EPCI est devenu compétent, la commune ne l'est plus ; si la commune est restée compétente, l'EPCI ne l'est pas. La présence concomitante de l'EPCI et de la commune n'est possible qu'au titre de compétences différentes. Pour autant et comme le précise la circulaire du 29 avril 2011 relative au régime juridique des SPL, il paraît possible d'admettre la participation concomitante de la commune et de l'EPCI lorsque la compétence intercommunale est assujettie à la reconnaissance de l'intérêt communautaire et que l'EPCI est actionnaire au titre d'actions qui sont d'intérêt communautaire et la commune au titre d'actions qui ne le sont pas. Il en est de même plus généralement en présence de plusieurs parties de compétences, certaines communales et certaines intercommunales.

Afin de permettre à une collectivité territoriale ou à un groupement de participer à une société dont l'objet social comporte une activité relevant de la compétence aménagement, il est nécessaire que cet objet social fasse état d'une autre activité qui se rattache à l'une des compétences de chacune des collectivités territoriales et de chacun des groupements concernés (exemples : construction d'un lycée pour la région ou réalisation de voiries départementales nécessaires à l'aménagement pour le département). L'EPCI et la commune peuvent en outre participer conjointement au capital d'une même société, en charge de la réalisation d'opérations d'aménagement dont certaines seulement sont reconnues d'intérêt communautaire.

3) Lorsque l'objet social de la société inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires

⁶ Sauf dans le cas où la collectivité ou le groupement, qui était compétent à l'origine, a perdu la compétence après la création de la société et a procédé à la cession partielle de ses parts dans les conditions prévues par la législation.

L'article L. 1521-1 du CGCT disposait déjà que « *lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires* ». Il n'existait pas de disposition expresse équivalente dans les articles relatifs aux SPL, SPLA et SPLA-IN, mais celle-ci s'appliquait par renvoi du régime qui leur est applicable vers celui des SEML.

La règle reste inchangée mais, pour davantage de clarté, le législateur a souhaité ajouter de manière explicite cette disposition à l'article L. 1531-1 du CGCT relatif aux SPL. Elle n'a pas été ajoutée à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme applicable aux SPLA et SPLA-IN, dans la mesure où l'objet de ces sociétés est davantage circonscrit et précisé par la loi.

A l'origine, la complémentarité visait principalement les activités d'aménagement et de construction qui peuvent être exercées par une société unique. Dans le cas d'une opération de construction nécessitant la réalisation d'un parking par exemple, la construction et la gestion de ce parking peuvent être assurées par la société chargée de la construction.

La jurisprudence a éclairé la notion de complémentarité. La Haute Juridiction, dans un arrêt du 5 juillet 2010⁷, a défini la complémentarité des activités accessoires comme le « complément normal » à son activité principale, sans exiger que ces activités en soient le « complément nécessaire ». Au cas d'espèce, une SEML gérant un centre des congrès et d'organisation de manifestations dans ce centre peut légalement fournir des prestations touristiques liées au séjour, s'agissant d'un complément normal de son activité principale, dès lors que cette intervention est justifiée par un intérêt public local suffisant et ne se réalise pas suivant des modalités telles qu'elles fausseraient le libre jeu de la concurrence.

Une conception purement financière du principe de complémentarité, qui conduirait à une réunion d'activités au sein d'une même société dans le seul but de parvenir à un équilibre financier, serait illicite⁸. Au surplus, la Cour des comptes rappelle qu'une telle conception pourrait être regardée comme illicite.

4) Chaque activité de la société doit relever de la compétence d'au moins une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales actionnaire

Une SEML, une SPL et une SPLA ne peuvent pas exercer une mission qui ne correspondrait à aucune compétence d'au moins une collectivité ou groupement actionnaire. La disposition indiquant que ces sociétés sont créées par leurs actionnaires « *dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi* » a été maintenue pour les SEML, les SPL et les SPLA. Cette disposition fait ainsi obstacle à ce qu'une partie de l'activité de la société ne relève d'aucune compétence d'aucune des collectivités territoriales ou groupements actionnaires.

Ce point a été confirmé lors des débats parlementaires, d'abord en séance au Sénat par le rapporteur :

« La rédaction retenue par la commission laisse subsister dans le code général des collectivités territoriales le fait que les entreprises publiques locales sont créées dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi. Cette mention fait donc obstacle à ce que

⁷ CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, n° 308564.

⁸ Cf. circulaire du 16 juillet 1985 relative à l'information sur les conditions de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés d'économie mixte locales.

des collectivités ou groupements créent des entreprises publiques locales dont la réalisation de l'objet concourrait à l'exercice de compétences qu'ils n'ont pas. Le problème ne semble pas exister à l'heure actuelle. Il ne pourrait résulter de la mise en œuvre de la rédaction que nous proposons. »

Il a ensuite été réitéré lors de la séance publique à l'Assemblée nationale par le rapporteur :

« En premier lieu, vous souhaitez qu'une EPL ne puisse assumer une compétence que ne détient aucune des collectivités actionnaires. Je considère que la rédaction qui nous est soumise le prévoit expressément. C'était aussi la position du sénateur Loïc Hervé devant le Sénat. L'intention du législateur est très claire et je la répète ici après l'avoir écrite noir sur blanc dans mon rapport. Vous pourrez en faire état auprès des autorités chargées du contrôle de légalité et il reviendra aux juridictions administratives d'en faire application : les EPL ne doivent agir que dans le champ des compétences des collectivités actionnaires. Il n'est pas question d'admettre l'exercice de compétences orphelines. Les choses sont très claires. »

Il convient de préciser que les SPLA-IN permettent à l'Etat (ou à ses établissements publics d'aménagement) et aux collectivités territoriales de coopérer pour la réalisation de projets urbains. Les collectivités territoriales ou groupements actionnaires devront toutefois démontrer qu'ils disposent d'au moins une compétence en lien avec une partie de l'objet social.

5) La participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement au capital d'une EPL ne doit pas constituer un contournement de la répartition des compétences entre collectivités territoriales

Le législateur n'a pas souhaité conditionner la participation des collectivités ou groupements au capital à la détention par ces derniers d'une compétence correspondant à une part « significative » de l'activité de la société. Les amendements du Gouvernement allant dans ce sens ont été rejetés par le Sénat comme laissant trop de place à l'interprétation.

Le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale a tenu à apporter des clarifications en séance :

« La crainte que vous évoquiez est qu'au moyen d'une EPL, une collectivité faiblement intéressée par l'objet social poursuivi investisse des montants considérables, afin de contourner la répartition légale des compétences entre les différents niveaux de collectivité.

Voici ce que j'ai écrit dans mon rapport : « Il n'est pas nécessaire de modifier la rédaction issue du Sénat, dans la mesure où l'hypothèse redoutée par le Gouvernement constituerait, à n'en pas douter, un abus de droit de la part de la collectivité territoriale marginalement intéressée par les activités d'une entreprise publique locale, mais qui prendrait néanmoins une participation importante à son capital. La proposition de loi n'a ni pour objet ni pour effet de mettre à bas les règles de répartition des compétences entre collectivités ».

« (...) le mécanisme que nous adoptons ne doit pas donner lieu à des abus de droit, à des détournements qui permettraient à une collectivité de financer 90 % d'une EPL alors que ses compétences ne seraient que marginalement couvertes par l'action de cette dernière. Il n'est pas nécessaire de rappeler cette règle évidente : les EPL ne sont pas un moyen de revenir subrepticement sur la répartition des compétences décidée par le législateur. »

* * *

Par ailleurs, lors des débats parlementaires sur la loi tendant à sécuriser l'actionnariat des EPL, la question du renforcement de la transparence des EPL a été évoquée. En effet, des sujets tels que la qualité des comptes, l'information des assemblées délibérantes des collectivités actionnaires, la maîtrise des risques financiers encourus par ces collectivités, la rémunération des dirigeants, ont donné lieu à un référé de la Cour des comptes⁹ et à un rapport¹⁰ des inspections générales, qui ont exprimé des préoccupations et présenté des préconisations. L'un et l'autre rapport ont été rendus publics. Par la suite, une enquête a été demandée à la Cour des comptes par le président de la commission des finances de l'Assemblée nationale ; le rapport¹¹ a été rendu public et présenté publiquement en réunion de la commission des finances le 29 mai 2019.

En présence de trois rapports en deux ans, la question s'est posée, lors du débat parlementaire, des suites législatives à leur donner. Le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale observe à cet égard qu'il « y aurait quelque logique à ce que les libertés réaffirmées par la proposition de loi aient, pour atténuer les risques pesant sur les collectivités, des contreparties en termes de transparence et de responsabilité. »

Toutefois, le législateur a estimé que les mesures à prendre trouveraient mieux leur place dans une loi ultérieure.

Dans l'immédiat, il est d'autant plus nécessaire de mettre en œuvre les dispositions déjà en vigueur concernant le contrôle des SPL et la transparence. Vous veillerez à ce qu'elles reçoivent une application effective.

La présente instruction du Gouvernement sera publiée au Bulletin officiel du ministère de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales.

Fait, le 14 octobre 2019

Jacqueline GOURAULT

Sébastien LECORNU

⁹ Cour des comptes, Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicables aux entreprises publiques locales, 15 juin 2017.

¹⁰ Inspection générale de l'administration et contrôle général économique et financier, Revue de dépenses, La maîtrise des risques par les entreprises publiques locales, 13 novembre 2017.

¹¹ Cour des comptes, Les sociétés d'économie mixte, un outil des collectivités à sécuriser, mai 2019.