

## La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative

par **Nathalie LAVAL MADER**

Maître de conférences à l'Université de Toulouse I-Capitole, Directrice du Master 2 Collectivités

La société publique locale, créée par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL)<sup>1</sup>, constitue un outil au service des élus locaux pour concrétiser leurs projets d'aménagement, de gestion d'infrastructures ou services publics locaux. Après deux ans d'expérience sur le terrain et d'analyses doctrinales, ce mode de « partenariat public/public » semble aujourd'hui durablement installé sur le territoire au côté des traditionnelles sociétés d'économie mixte locales (SEML) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA). Ce fut d'ailleurs l'enjeu principal du colloque organisé à l'Université Toulouse I-Capitole le 20 et 21 septembre 2012, que de procéder à un bilan-étape, deux ans après sa création. En envisageant les problématiques essentielles, qu'elles soient juridique, financière, économique, management public et gouvernance politique, cette manifestation scientifique nous a permis de replacer la société publique locale au cœur des enjeux économiques et politiques locaux, d'en mesurer l'attrait et les limites dans la « boîte à outils » de la gestion publique locale.

Si l'on se place du strict point de vue juridique, l'unique apport, somme toute capital, de la société publique locale a consisté à favoriser le « in house », ou l'absence de mise en concurrence dans les conventions entre les collectivités territoriales et la structure ainsi créée par elles, contraintes communautaires applicables en principe à l'ensemble des contrats de la commande publique.

La société publique locale ne saurait être cependant une fin en soi. La considération de ce seul intérêt constitue en effet une vision quelque peu « asséchée » de ce nouvel instrument, lequel se trouve indéniablement au cœur de la question des coopérations publiques locales, de la co-production des politiques publiques sur le territoire local. Venant enrichir la gamme des outils d'intervention des collectivités, la société publique locale peut en outre amener à s'interroger sur le mouvement irrésistible de « satellisation » de l'action publique locale. Au service de la mise en œuvre des politiques locales, la société publique locale constitue plus spécifiquement un outil d'« agencification »<sup>2</sup> de l'action publique locale. Faisant l'objet de l'« Étude annuelle 2012 » du Conseil d'État, le phénomène des agences concerne en effet également les collectivités territoriales, lesquelles ont le même questionnement que l'État sur le périmètre de leur « cœur de métier » et les mêmes problématiques qui en découlent : « faire ou faire faire »<sup>3</sup>?

Il est donc nécessaire de dépasser ce prisme juridique strictement « concurrentiel » pour nous rendre compte que la société publique locale accompagne, voire amplifie, du moins s'inscrit dans une évolution majeure de la décentralisation de notre État unitaire, irrésistible mouvement vers une décentralisation « partenariale » ou « coopérative »<sup>4</sup>. La société publique locale est même le symbole éclatant, dans le quotidien des collectivités publiques, de cette « culture territoriale partagée » au travers des multiples partenariats institutionnels ainsi noués. Notre configuration territoriale est certes aujourd'hui incertaine, puisque que l'on attend en 2013 l'acte III de la décentralisation, après le large mouvement de concertation organisé par le Sénat par le biais des « États généraux de la démocratie territoriale »<sup>5</sup> et le cap fixé par le président de la République, François Hollande<sup>6</sup>. Ce qui devrait être toutefois une des mesures-phare du projet de loi « Lebranchu » sur la réforme de la décentralisation, est la constitution d'un « pacte de gouvernance territoriale » afin de « faire confiance en l'intelligence des territoires ». Ainsi, la création du Haut Conseil des Territoires, visant à renforcer le dialogue entre l'État et les associations d'élus, et l'institution, dans l'espace régional, des conférences territoriales des compétences, instance de concertation afin de clarifier et organiser conventionnellement les compétences, renforcent irrésistiblement le processus, enclenché par la révision constitutionnelle de 2003, de décentralisation « à la carte », adaptée aux spécificités des territoires. « Les élus choisiront leur organisation territoire par territoire » nous prévient Marylise Lebranchu, ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique<sup>7</sup>. Le panorama de la réforme territoriale dans lequel s'inscrit la société publique locale ainsi dressé, il sera alors utile de se rapprocher de notre objet d'étude. Nous envisagerons la question des acteurs publics à qui le législateur a donné la possibilité de nouer librement des relations partenariales par le biais de cette structure, la société publique locale, ce qui nous fera prendre la mesure des potentialités de cet instrument, d'ores et déjà visibles sur le terrain, tant les combinaisons sont multiples pour fédérer les énergies locales.

(1) L. n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, JO 29 mai 2010.

(2) Dans son étude annuelle 2012 « Les agences : une nouvelle gestion publique », le Conseil d'État apporte une contribution bienvenue à la réflexion sur la réforme de l'État grâce à une remise en ordre conceptuelle et opérationnelle de cet instrument de mise en œuvre des politiques publiques (Doc. fr., sept. 2012).

(3) V. J. Richard « Le développement des agences est une opportunité à saisir », Gaz. des com. 17 sept. 2012, 16.

(4) V. De Briant, « La décentralisation coopérative et ses limites », Pouvoirs Locaux, n° 68 1/2006, p. 64 s. ; C. Boillot-Burg « La décentralisation coopérative : contribution à l'étude des rapports entre l'État et les autres personnes publiques territoriales », Thèse Dijon, déc. 2002.

(5) V. Le discours de clôture des « États généraux de la démocratie territoriale » prononcé par le président du Sénat J.-P. Bel le 5 oct. 2012 à la Sorbonne.

(6) Dans son discours du 5 oct. 2012, dans le cadre des « États généraux de la démocratie territoriale » le président de la République F. Hollande a annoncé que le projet de loi préparé par M. Lebranchu sera présenté au Sénat début 2013.

(7) M. Lebranchu, Gaz. des com., 15 oct. 2012, op. cit. 8.

## Le contexte d'épanouissement de la société publique locale

La société publique locale est plongée dans un environnement juridique, technique, économique et financier, autant de facteurs agrégés qui constituent le cadre de recomposition de l'espace local vers une sorte de gouvernance locale « contractualisée ».

### L'essor de la contractualisation de l'action publique locale

Le développement de la contractualisation entre collectivités publiques<sup>8</sup> n'est certes pas nouveau mais contribue, depuis près de trente ans, à renouveler sans cesse le contenu et les modalités de la gestion publique locale. Dès l'instant où, par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, se sont déconstruits les liens traditionnels de tutelle entre l'État et « ses » collectivités territoriales, sont apparues de nouvelles formes de relations juridiques entre l'État et les territoires, modifiant fatalement sa physiologie. Mais plus généralement, depuis les années 90, le « territoire » et la « proximité », très prégnants dans le discours politique pour légitimer les politiques publiques (« démocratie territoriale », « justice de proximité » ou « police de proximité »), sont venus irriguer les fondements de l'action des collectivités publiques. Cette valorisation graduelle du « local », du « territoire », cette approche des politiques par la « proximité » constituent ainsi les leviers de la réforme de notre État par le « bas ». « L'administration territoriale de la République », telle qu'elle a été conceptualisée et organisée par la loi n° 92-125 *Joxe* du 6 février 1992 a ceci de fondamental, pour ne pas dire révolutionnaire, qu'elle a non seulement fait du principe de la déconcentration le principe de droit commun d'organisation de l'État, mais surtout, mis sur un pied d'égalité les administrations déconcentrées et les administrations décentralisées au service du développement local, créant ainsi une rupture dans notre traditionnelle organisation administrative des territoires.

Le contrat a par conséquent renouvelé l'approche de l'action publique locale entre l'État et les acteurs décentralisés, mais également entre collectivités territoriales elles-mêmes, ou dans les relations de ces dernières avec leurs agents et leurs partenaires. Cette liberté contractuelle donne ainsi une certaine consistance et vitalité au principe jusqu'alors « muet » de la « libre administration des collectivités territoriales », introduit pourtant dès 1946 dans notre ordre constitutionnel. La décentralisation, renforcée par les différents « actes », a, dans cette perspective, créé une sorte d'« administration locale fragmentée »<sup>9</sup>, caractérisée par une multiplicité de centres de décisions autonomes, d'acteurs concurrents

et interdépendants, présents sur des territoires, à géométrie variable (territoires administratifs, économiques, bassins de vie, avec des frontières qui ne correspondent pas toujours), qui coopèrent en croisant leur financement ou en mettant en œuvre des projets partagés. L'action publique locale repose ainsi aujourd'hui sur un intérêt local qui, depuis plus de vingt ans, s'est irrésistiblement élargi, aussi bien matériellement que géographiquement, mais surtout un intérêt local partagé entre tous les échelons locaux, ce que certains sociologues appellent « l'interterritorialité », ou d'autres « la complexité territoriale »<sup>10</sup>.

L'acceptation constitutionnelle du « fait local », de la diversité territoriale réinterroge nécessairement le contenu et les modalités de la gouvernance des territoires, en terme de relations entre les différents acteurs locaux, en particulier d'aménagement des structures locales dédiées à l'action publique locale conjointe. Le thème de la coopération entre collectivités publiques est alors devenu très porteur dans le discours politique, depuis une vingtaine d'années, plus précisément depuis la loi *Joxe* du 6 février 1992, justifiant tout un ensemble de dispositifs visant à freiner la concurrence entre les collectivités territoriales et à organiser les solidarités locales.

Mais quels que soient les montages contractuels entre collectivités publiques, vivifiant ainsi la décentralisation « coopérative », la coopération locale, dans le cadre des droits et libertés accordés aux collectivités territoriales, se fonde toujours sur la volonté politique des acteurs publics d'élaborer des projets concertés de développement, le mariage forcé étant proscrit dans le code général des collectivités territoriales<sup>11</sup>.

Ces collaborations se fondent également sur des exigences techniques croissantes de coopérer dans de nombreux domaines stratégiques et transversaux (tourisme, développement économique, transport), pour lesquels il est indispensable de composer des espaces élargis de régulation des compétences locales. Elles interviennent dans un contexte économique de raréfaction des ressources, qui renforce irréductiblement les interdépendances entre les acteurs locaux. La crise économique, les incertitudes liées à la réforme des finances locales conduisent toutes les collectivités à trouver des marges de manœuvre nouvelles, tant techniques que financières, pour assumer leurs missions d'intérêt général.

Enfin, s'agissant du substrat « idéologique », ces coopérations locales sont à lire au travers du prisme « managérial » de l'efficacité de la gestion publique (*New public management*), qui bouscule les représentations de l'État et sa réforme ainsi que les méthodes traditionnelles du droit et de la gestion publique locale. La rationalité économique qui sous-tend la réorganisation de l'État (loi organique relative aux lois de finances, révision générale des politiques publiques), traverse également la réforme des collectivités territoriales et de leurs groupements<sup>12</sup>. Si bien que l'on a depuis quelques années un renouvellement dans le discours et donc le système de penser le local, sorte de « *managérisation* »

(8) J.-P. Gaudin, « Gouverner par contrat : l'action publique en question », in « La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales », Paris, Presse de Science Po, 1999, p. 165 s. V. Le dossier « L'administration contractuelle », AJDA 2003. 976 s., notamment, R. Denoix de Saint Marc, « La question de l'administration contractuelle », AJDA 2003. 970 s.; L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA 2003. 973 s.; G. Marcou, « Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », AJDA 2003. 982 s.; V. également R. Herzog, « Relations entre collectivités territoriales dans une administration fragmentée : des régimes juridiques variés au service de finalités multiples », in « Les relations entre collectivités territoriales » sous la dir. de S. Caudal, L'Harmattan, coll. Logique juridique, 2006 p. 203.

(9) R. Hertzog, *ibid.*

(10) V. le dossier « La complexité locale : comment faire « avec » ? Jusqu'où s'en accommoder ? » Pouvoirs Locaux, n° 68 1/2006 p. 37 s.; P. Roggero, « De la complexité des politiques locales », L'Harmattan, coll. Pratique de la systémique, 2005.

(11) Si l'on excepte les dispositifs de contraintes remis par la loi n° 2010-1563 du 16 déc. 2010 de réforme des collectivités territoriales entre les mains des préfets de département pour achever et rationaliser la carte intercommunale d'ici juin 2013.

(12) La Cour des Comptes dans son Rapport du 27 oct. 2009 « La conduite par l'État de la décentralisation », réitérant ses observations de 2005 sur la rationalisation de la masse salariale, appelle de ses vœux une « RGPP locale »

du langage par le biais d'un réseau sémantique renouvelé: « territorialisation », « évaluation », « concertation », « démarche qualité », « transversalité », « administration de réseau », « démarche de projet », « mutualisation des moyens » (...) bousculent les représentations traditionnelles du local. Cette vision « pragmatique » de la décentralisation (le « pragmatisme » n'est-il pas toutefois posture idéologique?), venant enrichir (ou appauvrir?) le droit et les « valeurs » de l'action locale pris dans une approche budgétaire et comptable, est aujourd'hui manifeste dans le discours des élus mais également dans celui des cadres territoriaux.

### La décentralisation « coopérative » sécurisée et encouragée par le droit

Cette capacité d'imagination juridique, par le biais des différents dispositifs de coopération entre les mains des acteurs locaux, est assurément un élément de respiration du système local. Mais cette « marge d'inventivité »<sup>13</sup>, selon l'expression de J.-B. Auby, a pu être également source d'incertitude juridique dans l'exercice des compétences partagées entre acteurs publics locaux. Le juge communautaire, en faisant reculer le soupçon de violation du droit de la concurrence, est alors venu sécuriser le cadre juridique de ces montages contractuels<sup>14</sup> et répondre par la même à un besoin politique, celui de s'organiser librement, dans une perspective d'entraide et de solidarité entre personnes publiques.

Dans l'arrêt *Coditel*<sup>15</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), tout en rappelant la liberté de choix des collectivités publiques entre modalités de gestion directe et recours aux contrats de la commande publique à des entités externes, a posé le principe selon lequel « une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses moyens administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leur propres moyens pour accomplir leur missions de service public peut être exercée en collaboration avec d'autres autorités publiques ». Dès lors, après la consolidation de la jurisprudence communautaire sur la dérogation du « *in house* » pour les conventions de prestation de service entre personnes publiques, (CJCE 18 nov. 1999, *Teckal*; CJCE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*; CJCE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*)<sup>16</sup>, le juge communautaire s'est rapproché de la position française en évinçant du champ concurrentiel les conventions de coopération ou assistance entre collectivités publiques pour mettre en œuvre des missions d'intérêt général communes (CJCE 9 juin 2009, *Commission c. République Fédérale Allemande [RFA]*)<sup>17</sup>.

(13) J.-B. Auby, « La décentralisation et le droit », LGDJ, Coll. Systèmes 2006, p. 72.

(14) A. Vigoureux, « La sécurisation des coopérations publiques locales », AJCT 2012. 176 s.

(15) CJCE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle*, aff. C-324/07, AJDA 2008. 2140; *ibid.* 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert; RDI 2009. 115, obs. R. Noguellou; RTD eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez.

(16) CJCE 18 nov. 1999, *Teckal Srl c. Comune di Viano*, aff. C-107/98, D. 1999. 276; CJCE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, AJDA 2005. 898, note F. Rolin; *ibid.* 1108, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; D. 2005. 312; RDI 2005. 123, obs. J.-D. Dreyfus.

(17) CJCE 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c. Allemagne*, aff. C-480/06, AJDA 2009. 1131; *ibid.* 1715; *ibid.* 1535, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues; RDI 2009. 469, obs. R. Noguellou; AJCT 2010. 98, étude J.-D. Dreyfus.

Dans le droit interne, sur ce socle juridique communautaire stabilisé, sécurisé, et surtout assoupli, la cinquième partie du code général des collectivités territoriales (CGCT), intitulée « coopération locale » s'est substantiellement enrichie au fil des années afin de répondre à la devise: « faisons ensemble ce que l'on ne peut faire tout seul »<sup>18</sup>. Les collectivités publiques intensifient aujourd'hui leur coopérations « mutualisantes », qu'elles soient simplement conventionnelles (schémas, ententes, conventions) ou assises sur une structure porteuse (établissement public de coopération intercommunale (EPCI), SEML, syndicat mixte, groupement d'intérêt économique (GIE),... et SPL)<sup>19</sup>, constituant de simples collaborations opérationnelles et techniques ou plus intensément les cadres juridiques d'une intégration politique et administrative incarnée par l'intercommunalité.

Le Conseil d'État, par son arrêt du 4 mars 2009 *Syndicat national des industries d'information et de santé*<sup>20</sup>, a d'ailleurs étoffé la gamme des contrats de « quasi-régie » par la reconnaissance de la coopération institutionnelle des personnes publiques au travers d'un organisme dédié de type groupement d'intérêt public. Plus récemment, dans un arrêt du 3 février 2012<sup>21</sup>, le Conseil d'État a élargi le principe de libre organisation des collectivités publiques, en dehors de toute structure de coopération, en précisant les conditions de validité de la convention d'entente intercommunale pour être conclue « hors commande publique ». En l'espèce, sur le fondement d'une convention d'entente, une commune avait « délégué » son service de distribution d'eau potable sur son territoire à la communauté d'agglomération d'Annecy, dont la commune n'était pas membre. Une nouvelle fois, la question du respect de la libre concurrence a été soulevée lorsqu'une personne publique intervient sur un marché concurrentiel. Le Conseil d'État a validé le montage conventionnel, considérant qu'une commune peut accomplir les missions de service public qui lui incombent en coopération avec d'autres personnes publiques sur le fondement de l'article L. 5221-1 du code

(18) Art L. 5111-1 du CGCT: « Les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur. Les collectivités territoriales peuvent conclure entre elles des conventions par lesquelles elles s'engagent à mettre à la disposition d'une autre collectivité ses services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences. »

(19) J.-M. Pontier, « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », Rev. Adm. 1994, p. 167 s.

(20) Le Conseil d'État, dans son arrêt du 4 mars 2009 *Syndicat national des industries d'information et de santé* (n° 300481, [...] ; AJDA 2009. 458; *ibid.* 891, note J.-D. Dreyfus; RDI 2009. 423, obs. R. Noguellou; RFDA 2009. 759, note B. Apollis), en relation avec la jurisprudence *Coditel*, pose ce principe: « Les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins; elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics; que, si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel; v. comm. B. Appolis, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence: les « opérateurs dédiées » sauvés par les contrats-maison », RFDA 2009. 759 s.

(21) CE 3 févr. 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac, Communauté d'agglomération d'Annecy*, n° 353737, à paraître au Lebon; AJDA 2012. 239; *ibid.* 555, note L. Richer; AJCT 2012. 205, obs. S. Hul; comm. P. Subra de Bieuses, « Convention d'entente intercommunale et délégation de service public », LPA, 27 juil. 2012, p. 6.

général des collectivités territoriales. Ce mécanisme conventionnel ancien de mise en commun de moyens (créé en 1884 pour les ententes intercommunales et en 1871 pour les ententes interdépartementales), retranscrit dans le code général des collectivités territoriales (art. 5221-1, CGCT), pourrait ainsi retrouver une seconde jeunesse dans le cadre de l'achèvement et de la rationalisation de la carte intercommunale prévus par loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. Moyen adapté à certains projets locaux, en particulier pour répondre au problème des compétences à « géométrie variable » dans le cas de fusion ou d'élargissement d'établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), l'entente intercommunale est susceptible de constituer une alternative souple à la société publique locale, *a fortiori* au syndicat mixte.

La cinquième partie du code général des collectivités territoriales a surtout été enrichie par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales avec le renforcement des dispositifs de mutualisation des services entre communes et intercommunalités mais également entre les régions et départements, via les schémas d'organisation des compétences et de mutualisation des services qui organisent entre les acteurs une décentralisation « sur mesure » concertée et adaptée à la diversité des territoires. Comme si le gouvernement avait été revigoré par les assouplissements de la position européenne sur les mécanismes de mutualisation entre collectivités territoriales, il a libéré les initiatives dans ces démarches coopératives. Dans le projet gouvernemental de réforme de la décentralisation, nous l'évoquons, on retrouve le même principe dans le nouveau « pacte de gouvernance territoriale », selon des modalités différentes.

Le cadre juridique, même ouvert à « l'imprévu du futur », encourage donc l'ingénierie locale, et ce, dans un contexte de repositionnement de l'État « stratège » sur le territoire national. Pour ne citer que ces deux réformes, la fin de l'ingénierie publique depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et le repli du contrôle de légalité des sous-préfectures ont pu faire reculer l'expertise publique de proximité et obliger les collectivités territoriales, notamment les plus petites, plongées dans une certaine solitude juridique, technique et financière, à inventer des manières d'être ensemble pour favoriser entre elles assistance et solidarité. Le réseau de plus en plus serré de relations juridiques autour des acteurs locaux-partenaires transforme irréductiblement notre paysage institutionnel.

La société publique locale incarne à elle seule cette dynamique des territoires, cette démarche fédérative de mobilisation des acteurs locaux. Dans le contexte mouvant et incertain ainsi décrit, cette catégorie juridique d'entreprises publiques locales tombe à point nommé, car elle renouvelle la réflexion sur les modalités de gestion du service public, en termes de sécurité juridique, d'efficacité dans la gestion, mais également de maîtrise politique par les acteurs publics locaux.

### **La société publique locale, instrument de mobilisation des acteurs publics locaux**

Quels sont les acteurs locaux susceptibles de nouer des relations partenariales grâce à cet outil de développement territorial. En d'autres termes, quelles sont les catégories juridiques d'actionnaires? Sachant que l'on se situe avec la société publique locale dans une coopération exclusivement « horizontale », l'État et ses établissements publics n'étant pas autorisés à entrer dans le capital de la structure. On pourrait s'interroger sur cette exclusion de l'État et ses établissements publics, de type consulaire ou

d'enseignement supérieur par exemple, fermant par conséquent des portes à la constitution de sociétés publiques locales, avec notamment la région<sup>22</sup>, ou les grandes communautés urbaines, dans des secteurs stratégiques et « budgétivores », tels que le développement économique, la coopération universitaire, la gestion des pôles de compétitivité ou les réseaux nationaux de transport.

Le nombre de partenaires imposé par la loi peut également poser question<sup>23</sup>: deux au minimum, par dérogation au droit des sociétés anonymes (art. L. 225-1 du code de commerce), constituant *a priori* une garantie de souplesse. Il avait été envisagé à l'origine l'idée d'un actionariat unique, mais cette idée a été abandonnée ensuite au motif que l'actionariat unique pouvait présenter un risque de dérive et qu'en conséquence, dans l'intérêt des collectivités, il était préférable de maintenir la présence obligatoire de deux actionnaires au minimum, renforçant ainsi les garanties d'un contrôle réel. En même temps, le concept de la « coopération à un » peut laisser rêveur! Toutefois il peut apparaître compliqué, sur le terrain, dans certaines situations locales, de constituer un tour de table entre deux actionnaires, amenant certaines sociétés publiques locales à répondre à la loi, en réunissant deux partenaires, mais non à « l'esprit de la loi », en organisant un partenariat de façade à la limite de la légalité (par exemple entre une intercommunalité et la commune-centre pour la gestion d'une infrastructure). En revanche, la loi n'a pas fixé de maximum au nombre de partenaires, faisant courir un risque juridique non théorique aux « pharaoniques sociétés publiques locales »<sup>24</sup> de type « agence de mutualisation », créées par exemple entre un département et l'ensemble des communes de celui-ci<sup>25</sup>. Se pose en effet la question de la réalité du « contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services » par chaque actionnaire, sachant qu'à défaut, disparaît une des conditions du « *in house* », fragilisant le conventionnement de gré à gré entre les collectivités et leur structure de coopération.

Selon l'article 1531-1 CGCT, « les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la majorité du capital ». Au delà de cette énumération classique dans le code général des collectivités territoriales, la société publique locale a ceci de fondamental qu'elle fait éclater la logique des niveaux territoriaux, et celle, plus contemporaine des blocs territoriaux, car justement la société publique locale permet aux collectivités de travailler dans des champs de compétences transcendant les clivages liés aux niveaux administratifs traditionnels.

### **Les partenaires naturels : les communes et leurs groupements**

Les communes et leurs groupements sont potentiellement des partenaires naturels, dans la mesure où l'agencement et la consistance de leurs compétences correspondent davantage à une

(22) G. Le Chatelier, « Société publique locale et région : quelles possibilités d'utilisation? », AJCT 2011. 279 s.

(23) C. Devès, « SPL et SPLA », Jurisc. Coll. Territ. Fasc. n° 694-5, 12 oct. 2011.

(24) Sur cette question, v., Y. Goutal, « Une société publique locale, pour quoi faire? », AJCT 2011. 266 s.

(25) Dans le Var, la société publique locale « ID 83 » a été créée en octobre 2011 entre le département et les près de 70 communes, en matière ingénierie publique, en réponse à restructuration des services techniques de l'État dans les zones rurales.

## COLLOQUE Les sociétés publiques locales

logique d'interventionnisme local. Surtout, le couple communes/intercommunalité bénéficie de la clause générale de compétences enlevée par la loi du 16 décembre 2010 aux départements et aux régions (qui devraient la retrouver). Le spectre des activités susceptibles d'être confiées aux SPL est donc très large *a priori*.

Les communes peuvent créer entre elles une société publique locale. N'insistons pas sur ce point, si ce n'est en revenant sur ce qui a été écrit il y a près de trois ans : la société publique locale constituerait un renouvellement dans l'approche de la coopération intercommunale<sup>26</sup>. À côté de l'intercommunalité classique, réglementaire et statutaire, prise dans les pesanteurs du « mariage », la société publique locale constituerait une intercommunalité de moyens souple, conjuguant intérêt général et esprit d'entreprise, une « union libre » entre collectivités. Il est vrai que si l'on compare ces deux structures de coopération intercommunale, apparaissent très clairement des éléments de rigidité dans l'intercommunalité « classique ». Par exemple, une fois « mariée », il est très compliqué pour une commune de se séparer lorsque l'on envisage la procédure d'un retrait unilatéral d'une commune d'un EPCI<sup>27</sup>, voire impossible pour une communauté urbaine ou une métropole. Dans une société publique locale, la commune revend ses parts... Et de manière générale, le retrait d'une commune de son groupement est interdit s'il est susceptible de déboucher sur une enclave. En effet, il ne peut y avoir une discontinuité territoriale dans le périmètre de l'intercommunalité (un territoire cohérent et sans enclave), alors même que cela est tout à fait envisageable dans le champ de compétences territoriales couvert par une société publique locale.

La société publique locale se voit ainsi parée de mille vertus. Or, lorsque l'on fait le bilan près de trois ans après sa création, force est de constater que le nombre de sociétés publiques locales uniquement constituées de communes est assez réduit<sup>28</sup>.

Plusieurs raisons peuvent expliquer ce succès relatif.

La première est sans conteste la dynamique intercommunale. Avec l'achèvement de la carte intercommunale avant 2013, la France aura son territoire entièrement couvert par des EPCI à fiscalité propre. Succès quantitatif auquel s'ajoute un succès qualitatif, si l'on se place du point de vue des compétences transférées, au regard du mouvement continu d'extension des compétences qu'a pu observer, après une enquête de terrain, l'Observatoire de l'ADCF<sup>29</sup>. Celui-ci a constaté que les communautés révisaient régulièrement leurs statuts pour affiner l'intérêt communautaire, et par conséquent inséraient de nouveaux types d'intervention au sein des blocs de compétences. Par un phénomène « d'appel d'air », le groupement enrichit donc tout au long de son existence la nomenclature de ses responsabilités au sein des domaines de compétences obligatoires ou optionnelles. Cette évolution va dans

le sens d'un approfondissement des compétences statutaires et d'une diversification des domaines d'action témoignant d'une consolidation naturelle de l'intercommunalité. Les sociétés publiques locales, outils opérationnels de gestion d'infrastructures ou de services parmi d'autres, ne se substituent donc pas à l'intercommunalité.

Une autre explication, plutôt une limite à l'intérêt de constituer une société publique locale entre communes, peut être avancée : la loi du 16 décembre 2010 a créé et renforcé pour le bloc intercommunal de nombreux dispositifs innovants de mutualisation de services (services communs, biens communs, mises à disposition descendantes...).

Ces dispositifs de mise en commun de moyens peuvent être mis en place entre communes et intercommunalités même en dehors des transferts de compétences, notamment s'agissant des services fonctionnels ou fonctions supports (ressources humaines, assistance technique, services juridiques, gestion financière...). Cela est précisé dans la circulaire du 29 avril 2011<sup>30</sup>, la société publique locale n'a pas vocation à exercer des fonctions supports, dès lors que ces fonctions ne sont pas à proprement parler des « compétences », ce qui contribue à introduire le doute quant à la légalité de l'objet social de certaines sociétés publiques locales de type « agences de mutualisation de moyens ».

On retrouve finalement peu de sociétés publiques locales composées uniquement de communes actionnaires, contrairement au nombre plus important de sociétés publiques locales constituées entre une ou plusieurs communes et leurs groupements. La question de la création d'une société publique locale entre la structure intercommunale et une ou plusieurs communes membres reste toutefois moins évidente d'un point de vue juridique. En effet, l'objet social de la société publique locale doit concerner, en principe, les compétences dévolues par la loi à chaque actionnaire. On se heurte alors à un obstacle majeur : le droit de l'intercommunalité repose sur un socle de deux principes essentiels qui sont le principe de spécialité et le principe d'exclusivité des compétences, avec une conséquence essentielle : lorsqu'une commune a transféré intégralement sa compétence (par exemple, en matière de gestion d'un équipement culturel, ou en matière de gestion d'une zone économique), elle ne pourra en principe créer ensuite avec l'EPCI une société publique locale dont l'objet social est la compétence transférée ; à l'inverse, un EPCI ne pourra constituer avec une ou des communes membres, une société publique locale dont les activités relèvent d'une compétence exclusivement communale. À moins que la compétence ait été partagée.

Cela signifie que le conseil communautaire (pour les communautés urbaines et les communautés d'agglomération) ou les communes (pour les communautés de communes) devront au préalable avoir défini très précisément l'intérêt communautaire<sup>31</sup> dans le bloc de compétences transféré par les communes à l'entité intercommunale. Une fois la procédure de définition de l'intérêt communautaire achevée, les partenaires pourront déterminer tout aussi librement l'objet social de la société publique locale pour y faire inclure aussi bien les compétences communales que les compétences intercommunales.

(26) Par ex., Y. Goutal, « Société publique locale, un nouvel outil de l'intercommunalité », *Gaz. des com.* 20 sept. 2010, p. 56 s.

(27) En vertu de l'art. 5211-19 CGCT, une commune peut se retirer de l'établissement public de coopération intercommunale, sauf s'il s'agit d'une communauté urbaine ou d'une métropole, dans les conditions prévues à l'article L. 5211-25-1, avec le consentement de l'organe délibérant de l'établissement.

(28) On relève, dans l'*Annuaire de la Fédération des EPL*, quelques sociétés publiques locales en Île-de-France, par ex. en matière aménagement (« SPL Marne-en-Bois », trois communes), la SPL « SIGAL » (quatre communes) constituée pour la gestion d'une pépinière d'entreprises et d'un parc d'activités ; à La Réunion, la SPL « Réunion Développement » composée de deux communes.

(29) Rapport de l'Observatoire de l'ADCF, « *Compétences statutaires et actions intercommunales* », déc. 2006.

(30) Circul. N° COT/B/11/080052/C du 29 avr. 2011.

(31) C'est-à-dire, dans un bloc de compétence transféré, la ligne de partage entre les compétences qui resteront communales et celles qui seront exercées par la structure intercommunale.

Imaginons une commune, gestionnaire en régie d'un équipement thermal<sup>32</sup>. Elle décide de créer une société publique locale, outil d'individualisation adaptée à la situation locale. Elle se tourne vers la communauté de communes dans laquelle elle est commune-centre, pour remplir les conditions posées par la loi. Le seul moyen de contourner l'obstacle juridique que l'on vient de décrire est d'intégrer la gestion des thermes dans un bloc important de compétences fondé sur l'intérêt communautaire qui fédère les énergies intercommunales et communales : le développement économique<sup>33</sup>. Prenons l'exemple de la SBE-PEC (Société bordelaise des équipements publics d'expositions et de congrès) à Bordeaux, société d'économie mixte, transformée en société publique locale pour la gestion d'équipements publics (Palais des congrès, Parc des expositions)<sup>34</sup>. Constituée par la ville de Bordeaux (30 % du capital) et la communauté urbaine (70 %), son objet social s'intègre dans un bloc de compétences partagé<sup>35</sup> « développement et aménagement économique de l'espace communautaire », en particulier le développement du tourisme d'affaires.

La société publique locale constitue quoi qu'il en soit une alternative très intéressante, offerte aux collectivités, au syndicat mixte, qu'il soit fermé, c'est-à-dire composé uniquement de communes et groupements de communes<sup>36</sup>, ou ouvert aux autres collectivités<sup>37</sup>. C'est d'ailleurs, par exemple, ce que préconisent certains préfets<sup>38</sup> dans le cadre des schémas départementaux de coopération intercommunale : de transformer en sociétés publiques locales un certain nombre de syndicats intercommunaux ou syndicats mixtes, au nom de la rationalisation de la carte syndicale.

À ce propos, un syndicat mixte ouvert peut-il créer lui-même une société publique locale avec d'autres partenaires ? La réponse semblait pourtant simple, mais elle a donné lieu à une longue bataille juridique dans le Gers entre les élus et le préfet du département, celui-ci considérant, au soutien de son déféré, qu'en tant qu'établissement public, le syndicat mixte, en l'espèce, un syndicat mixte ouvert de production d'eau potable et de traitement des déchets<sup>39</sup>, ne pouvait créer une société publique locale dès lors qu'il n'est ni une « collectivité territoriale » ni un « groupement de collectivités territoriales ». La délibération méconnaît les dispositions de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales. Le préfet du département n'a pas été suivi par la cour

administrative d'appel dans son arrêt du 12 mars 2012<sup>40</sup>, lequel considère que ce syndicat mixte ouvert s'apparente aux autres formes de regroupement communal (syndicats de communes, communautés de communes, communautés d'agglomération, communautés urbaines), même s'il n'en partage pas forcément la nature administrative. Il constitue ainsi, contrairement à ce que soutient le préfet, un groupement de collectivités territoriales défini à l'article L. 5111-1 du CGCT. Un syndicat mixte ouvert, considéré comme un groupement de collectivités, peut donc créer, dans le cadre des compétences qui lui ont été attribuées, une société publique locale, sauf si ce syndicat comprend un établissement public, de type chambre de commerce et d'industrie, comme cela peut être le cas.

Nous avons vu que les communes et leurs groupements étaient des partenaires naturels. Qu'en est-il au niveau supra intercommunal ?

### **L'attractivité de l'outil au niveau supra intercommunal**

Près de trois ans de pratique nous renseignent sur les perspectives ouvertes au niveau supra intercommunal. Ces potentialités ont été saisies par les communes, les départements, les régions et les groupements afin de regrouper leurs moyens. Est-ce un effet de mode ? Assurément une réponse pertinente à des besoins politiques, juridiques et stratégiques. Toujours est-il que l'outil « SPL » a permis le renouvellement des partenariats institutionnels avec l'ensemble des acteurs publics pour coordonner des compétences traditionnelles segmentées par niveaux ou pour investir de nouveaux champs de compétences dans de nombreux secteurs : le transport urbain et inter-urbain, le tourisme, le développement économique, le développement durable, l'aménagement, l'habitat, le social, la gestion d'équipements structurants ou l'ingénierie technique. Les combinaisons sont multiples entre acteurs : coopérations élargies à toutes les strates ou réduites à quelques partenaires, variables selon les champs de compétences, selon leur caractère stratégique en termes de développement territorial nécessitant des territoires élargis ou/et des financements croisés.

Dans le cadre de ces coopérations à divers niveaux, de nombreuses sociétés publiques locales ont été constituées par l'ensemble des strates de collectivités territoriales, transcendant ainsi la ventilation des compétences par échelon : par exemple, les sociétés publiques locales « Euro Lille » compétente en matière d'aménagement<sup>41</sup>, ou « Vélodrome de Roubaix », rassemblent communes, intercommunalité, département et région, compte tenu de l'impact économique de l'objet de la structure<sup>42</sup>.

Au-delà des catégories territoriales classiques, syndicats de communes ou syndicats mixtes peuvent constituer également des partenaires essentiels, nous l'avons vu. Par exemple, dans le Languedoc-Roussillon, la société « AGATE », en matière d'aménagement, composée du syndicat mixte de l'aéroport de Nîmes, de la commune de Nîmes et de Nîmes Métropole ; la « SMAT », société d'économie mixte en matière de conception et réalisation de réseaux de transport, transformée en mai 2012 en société

(32) L'exemple est fortement inspiré de la situation locale à Luchon, commune de Haute-Garonne qui a constitué avec le groupement de communes une société publique locale au 1<sup>er</sup> janv. 2013 pour la gestion des thermes de Luchon.

(33) Pour les compétences des communautés de communes, v. L. 5214-16, CGCT.

(34) La SEM s'est transformée en SPL, avec deux actionnaires, la ville de Bordeaux (30 %) et la CUB (Communauté urbaine de Bordeaux) à (70 %).

(35) Pour les compétences des communautés urbaines, v. art. L. 5215-20 I, CGCT.

(36) Par ex., la SPL « Bordeaux Aeroparc », composée de la CUB et de trois communes ; la SPL « Perpignan Méditerranée », composée d'une vingtaine de communes et de la CA « Perpignan Méditerranée » ; la SPL « Le Havre Nautisme », constituée par la CA du Havre et la ville du Havre.

(37) Par ex., la SPL « Eau du Ponant », délégataire de la gestion de l'eau, composée de Brest Métropole Océane, la CU Brest, et de trois SIVU.

(38) Notamment dans le SDCL en Haute-Garonne.

(39) « Trigone », syndicat mixte composé de la ville d'Auch, du département du Gers et de SIVOM (syndicat intercommunal à vocations multiples), exerçait la maîtrise d'ouvrage et d'exploitation du traitement des déchets mais n'intervenait pas dans la collecte des déchets. Le syndicat mixte a alors pris le 16 sept. 2010 une délibération en vue d'assurer le transport des déchets et a approuvé à cette fin la création d'une société publique locale pour exercer à cette mission.

(40) CAA Bordeaux, 6<sup>e</sup> ch., 13 mars 2012, *Préfet du Gers*, n° 11BX01860, AJDA 2012. 1021.

(41) Composée de nombreuses communes, dont Lille, de la CU Lille Métropole, du département du Nord et de la région du Nord-Pas-de-Calais.

(42) Composée de la commune de Roubaix, du département du Nord et de la région Nord-Pas-de-Calais.

## COLLOQUE Les sociétés publiques locales

publique locale, regroupe le département de la Haute-Garonne, l'ensemble des communes de l'agglomération toulousaine constituée en intercommunalités et syndicat mixte <sup>43</sup>; la société publique locale « Barousse », compétente pour la construction de réseaux pour fluides, créée par le département du Gers et le syndicat « Eau de Barousse ». On peut également retrouver des syndicats mixtes de type PNR (parc naturel régional), créés par décret du Premier ministre, regroupant régions, départements et communes : par exemple « Saviloisirs », constituée en juillet 2012 dans le domaine de la promotion touristique entre PNR, les communes et le syndicat touristique.

Selon l'envergure du projet en terme d'enjeux économiques et de maillage stratégique du territoire, certaines sociétés publiques locales sont réduites à deux ou trois partenaires : « Languedoc-Roussillon Agence de développement », constituée par la région Languedoc-Roussillon et Montpellier Agglomération; la société « Ouest Normandie Énergie Marine », première société publique locale de développement économique et énergétique, créée en juillet 2012 par la région Basse-Normandie, le département de La Manche et la communauté urbaine de Cherbourg pour structurer la toute nouvelle filière de l'éolien *off shore*; la société publique locale « D'un point à l'autre », pour la gestion du transport urbain, créée entre deux autorités organisatrices de transport, le département du Tarn et la commune de Gaillac.

Ce tour d'horizon rapide nous laisse également entrevoir la création de sociétés publiques locales imposantes en nombre d'actionnaires, notamment en matière d'ingénierie publique, où le retrait de l'État ne peut être compensé par l'ingénierie privée,

laquelle n'est pas en mesure, le plus souvent, de répondre aux besoins des petites communes. Les collectivités aujourd'hui inventent alors des modes d'intervention pour mutualiser la « matière grise publique ». Et si le futur acte III semble *a priori* « régionaliste », les départements ont bien compris, pour tirer leur épingle du jeu dans ces grandes manœuvres de *lobbying* au travers des associations d'élus, que c'est par le biais de l'aide aux communes qu'ils joueront assurément leur future place et leur légitimité de chef de file naturel dans la reconfiguration territoriale à venir <sup>44</sup>. On retrouve ainsi dans le Var « ID 83 », créée en octobre 2011 entre le département du Var et ses communes (environ soixante-dix), en matière d'assistance, en réponse à la restructuration des services techniques de l'État dans les zones rurales; « Midi-Pyrénées Construction » (SPL MPC), en liaison avec la société d'économie mixte de la région Midi-Pyrénées (la COGEMIP) avec laquelle elle a créé un groupement d'intérêt économique pour la gestion des services transversaux, rassemble depuis juillet 2011 la région Midi-Pyrénées, des intercommunalités (Toulouse Métropole, la communauté d'agglomération du Muretain, des communautés communes) et des communes pour l'aide au développement des territoires.

Dans un discours à Bourg-en-Bresse, le 4 septembre 2012, M. Jean-Pierre Bel, président du Sénat, affirmait : « Nos territoires sont des lieux de démocratie, de vitalité et d'innovations ». Par le biais des sociétés publiques locales, les potentialités de partenariats institutionnels, pour « travailler ensemble » selon des modalités innovantes, ne sont pas épuisées et encore à découvrir <sup>45</sup>, donnant vie ainsi la décentralisation « coopérative ».

(43) Composée du syndicat mixte du transport en commun de l'agglomération toulousaine (Tisseo-SMTC), de Toulouse Métropole, du SICOVAL, et du Conseil général de la Haute-Garonne.

(44) V. C. Lebreton, Président de l'Assemblée des départements de France, *Gaz. des com.* 17 sept. 2012, p. 9.

(45) Par ex., par le biais de coopérations interrégionales.