

*Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
membre de l'Institut*

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 271

*Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris II (Panthéon-Assas)*

LES RELATIONS
DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES
AVEC LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE
MIXTE LOCALES
RECHERCHE SUR L'INSTITUTIONNALISATION
D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

Sébastien Brameret

*Préface de
Sébastien Bernard*

L.G.D.J

lextenso éditions

SOMMAIRE

INTRODUCTION

- I. Approche historique
- II. Objet de l'étude
- III. Champ de l'étude
- IV. Problématique

PREMIÈRE PARTIE

L'APPROPRIATION RÉUSSIE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

TITRE 1: L'INTÉGRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

- Chapitre 1. L'adaptation de la représentation des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales
- Chapitre 2. L'adaptation des relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales¹

TITRE 2: LA DOMINATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SUR LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES¹

- Chapitre 1. La détermination de l'objet social des sociétés d'économie mixte locales
- Chapitre 2. La maîtrise de l'organisation des sociétés d'économie mixte locales
- Chapitre 3. Le renforcement des contrôles sur les sociétés d'économie mixte locales

SECONDE PARTIE

L'UTILISATION PERFECTIBLE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

TITRE 1: LA PRÉDOMINANCE D'UNE APPROCHE ORGANIQUE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE

- Chapitre 1. Le développement de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales
- Chapitre 2. Les contournements de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	V
AVERTISSEMENT	VII
TABLE DES ABRÉVIATIONS	X
SOMMAIRE.....	XIII
INTRODUCTION	1
I. Approche historique	2
II. Objet de l'étude	10
III. Champ de l'étude.....	16
IV. Problématique.....	18

PREMIÈRE PARTIE L'APPROPRIATION RÉUSSIE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

TITRE 1: L'INTÉGRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITO- RIALES DANS LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES ...	3
Chapitre 1. L'adaptation de la représentation des collectivités territoriales dans les sociétés d'économie mixte locales	5
Section 1 La représentation obligatoire des collectivités territoriales actionnaires	6
§ 1. <i>La conciliation du statut d'élu local avec la qualité de représentant permanent.....</i>	6
I. L'encadrement de la désignation des élus locaux	7
A. La désignation obligatoire d'élus locaux.....	7
B. La protection nécessaire des élus locaux contre les risques d'inéligibilité ou d'incompatibilité.....	9
II. L'encadrement de la rémunération des élus locaux.....	13
§ 2. <i>La précarité de la fonction de représentant permanent exercée par les élus locaux.....</i>	15

Section 2 L'atténuation de la responsabilité des élus locaux représentant les collectivités actionnaires.....	18
§ 1. <i>La responsabilité civile assumée par les collectivités territoriales</i>	18
I. La responsabilité civile des élus locaux transférée aux collectivités territoriales.....	18
A. Le principe du transfert de la responsabilité civile des élus locaux.....	19
B. Les limites au transfert de la responsabilité civile des élus locaux.....	21
II. La responsabilité civile assumée par les collectivités territoriales.....	25
§ 2. <i>La responsabilité pénale supportée par les élus locaux</i>	28
I. L'introuvable responsabilité pénale des collectivités territoriales.....	28
II. Le cumul de responsabilité pénale des élus locaux.....	31
A. La responsabilité pénale liée à la représentation des collectivités territoriales dans les organes délibérants.....	31
B. La responsabilité pénale fondée sur le statut d' élu local ...	33
§ 3. <i>La responsabilité financière indépassable des élus locaux</i>	37
Chapitre 2. L'adaptation des relations financières des collectivités terri- toriales avec les sociétés d'économie mixte locales	41
Section 1 La conciliation recherchée de l'actionnariat des collectivités avec le droit des aides publiques locales.....	42
§ 1. <i>L'encadrement des opérations sur le capital des sociétés d'économie mixte locales</i>	42
I. L'encadrement de la dotation initiale en capital des sociétés d'économie mixte locales	43
A. Le principe de l'interdiction de la participation des collectivités territoriales au capital de sociétés commerciales	43
B. L'exception de la participation des collectivités territoriales au capital de sociétés d'économie mixte locales.....	45
II. L'encadrement des modifications de la participation publique dans le capital des sociétés d'économie mixte locales...	48
§ 2. <i>L'encadrement du financement des sociétés d'économie mixte locales en cours de vie sociale</i>	52
I. La soumission des relations financières au régime des aides publiques	52
A. L'interprétation extensive de la notion d'aide publique prohibée.....	52

TABLE DES MATIÈRES	409
B. La limitation paradoxale des pouvoirs des collectivités actionnaires.....	56
II. Les assouplissements législatifs a la notion d'aide aux sociétés d'économie mixte locales.....	57
A. Les avances en compte courant d'associés inspirées du droit des sociétés.....	58
B. Les aides conventionnées inspirées du droit des aides publiques locales.....	61
1. <i>Les aides aux sociétés chargées d'opérations d'aménagement ou de logement social</i>	62
2. <i>Les aides aux sociétés chargées de la promotion économique du territoire</i>	64
Section 2 La conciliation limitée de l'actionnariat des collectivités avec le droit des aides d'état	67
§ 1. <i>La soumission des relations des collectivités avec les sociétés d'économie mixte locales au droit des aides d'état</i>	67
I. L'interprétation extensive de la notion d'aide d'état dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales.....	68
II. Les financements des sociétés d'économie mixte locales conditionnés au critère de l'investisseur avisé en économie de marché.....	70
§ 2. <i>L'extension du droit des aides d'état aux relations des sociétés d'économie mixte locales avec des tiers</i>	73
CONCLUSION DU TITRE 1	79
TITRE 2: LA DOMINATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SUR LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES	81
Chapitre 1. La détermination de l'objet social des sociétés d'économie mixte locales	83
Section 1 L'objet social, reflet nécessaire des compétences des collectivités territoriales actionnaires.....	84
§ 1. <i>L'influence de l'actionnariat public lors de la création des sociétés d'économie mixte locales</i>	84
I. La délimitation de l'objet social dans le cadre d'une compétence d'attribution des collectivités territoriales actionnaires.....	85

II. La délimitation de l'objet social dans le cadre de la clause générale de compétence des collectivités territoriales actionnaires.....	88
A. La nature d'intérêt général des activités des sociétés d'économie mixte locales.....	90
1. <i>L'intérêt général de l'activité, une notion contingente des circonstances locales</i>	90
2. <i>L'exercice d'activités administratives par les sociétés d'économie mixte locales</i>	92
B. L'existence d'un intérêt public local, condition de l'intervention des sociétés d'économie mixte locales	94
1. <i>L'intérêt public local, condition complémentaire à l'intérêt général pour l'intervention des sociétés d'économie mixte locales</i>	94
2. <i>L'intérêt public local, condition surabondante de l'intérêt général pour l'intervention des sociétés d'économie mixte locales</i>	97
§ 2. <i>L'influence de l'actionnariat public sur l'évolution de l'objet social en cours de vie sociale</i>	99
I. L'influence de l'actionnariat public sur le développement d'activités complémentaires	100
II. L'influence de l'actionnariat public sur les prises de participations et les filialisations des sociétés d'économie mixte locales	102
A. Les prises de participations et filialisations subordonnées à une autorisation expresse des collectivités territoriales actionnaires.....	104
B. Les prises de participations et filialisations conditionnées à une compétence des collectivités territoriales actionnaires	106
Section 2 L'objet social, reflet imparfait des compétences des collectivités territoriales actionnaires.....	109
§ 1. <i>L'assouplissement du lien entre objet social et compétence</i>	109
I. L'interprétation souple de la compétence matérielle des collectivités territoriales actionnaires	110
II. L'interprétation souple de la compétence territoriale des collectivités territoriales actionnaires	111
§ 2. <i>Le dépassement des compétences des collectivités territoriales par le recours aux sociétés d'économie mixte locales</i>	112
I. La préservation de l'actionnariat dans les sociétés agissant dans le cadre de compétences transférées à un établissement public de coopération intercommunale	113
II. Le développement des sociétés d'économie mixte locales intervenant pour le compte d'établissements de santé	116

Chapitre 2. La maîtrise de l'organisation des sociétés d'économie mixte locales	119
Section 1 L'actionnariat public majoritaire des sociétés d'économie mixte locales.....	119
§ 1. <i>La prééminence des collectivités territoriales dans la composition du capital social</i>	120
I. L'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales, condition constitutive de l'économie mixte locale.....	120
A. La cristallisation de l'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales.....	120
B. L'approche catégorielle de la notion de collectivité territoriale actionnaire.....	122
1. <i>Le principe de l'exercice collectif de l'influence dominante par les collectivités territoriales</i>	122
2. <i>L'intégration des collectivités territoriales étrangères à la catégorie des actionnaires majoritaires</i>	123
II. L'actionnariat majoritaire des collectivités territoriales, garantie de l'appartenance au secteur public	125
A. L'interdiction des sociétés d'économie mixte à capitaux publics minoritaires au niveau local.....	126
B. L'application du régime légal des privatisations aux sociétés d'économie mixte locales	128
§ 2. <i>L'atrophie de l'actionnariat privé minoritaire des sociétés d'économie mixte locales</i>	131
I. Le développement d'un actionnariat public minoritaire.....	132
A. L'actionnariat toléré : l'essor du groupe Caisse des dépôts et consignations	133
B. L'actionnariat incité : l'émergence difficile des établissements publics de santé.....	136
II. La réduction de l'actionnariat privé minoritaire à un actionnariat symbolique.....	139
Section 2 La concentration des pouvoirs de direction au profit des collectivités territoriales.....	144
§ 1. <i>La prééminence des collectivités territoriales dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales</i>	145
I. La représentation de toutes les collectivités territoriales actionnaires dans les organes délibérants.....	146
II. La détention de la majorité des sièges dans les organes délibérants par les collectivités territoriales actionnaires	147
§ 2. <i>L'exercice des fonctions de direction par les élus locaux</i>	148
I. La représentation des collectivités territoriales dirigeantes par les élus locaux.....	149

II. La concentration des pouvoirs de direction au profit des élus locaux	151
Chapitre 3. Le renforcement des contrôles sur les sociétés d'économie mixte locales	155
Section 1 Les contrôles exercés pas les collectivités territoriales actionnaires	156
§ 1. <i>Les contrôles des collectivités territoriales sur les actes de gestion des sociétés</i>	156
I. La surveillance accrue des sociétés d'économie mixte locales par les collectivités territoriales actionnaires.....	157
II. L'affaiblissement des commissaires aux comptes dans la surveillance du fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales.....	160
§ 2. <i>Le renforcement des contrôles des collectivités territoriales en cas de difficultés financières des sociétés</i>	162
I. L'immixtion des collectivités territoriales dans la détermination du sort des contrats avant la liquidation judiciaire.....	164
A. La paralysie du pouvoir de résiliation de l'administrateur judiciaire.....	165
B. La préservation du pouvoir de résiliation unilatérale des collectivités territoriales	168
II. La préservation des intérêts des collectivités actionnaires lors de la liquidation judiciaire	169
A. La cessibilité conditionnée des contrats des sociétés d'économie mixte locales	170
B. L'incessibilité des délégations de service public et des concessions d'aménagement des sociétés d'économie mixte locales.....	171
1. <i>La résiliation d'office des délégations de service public et concessions d'aménagement</i>	172
2. <i>Le retour automatique des biens attachés aux délégations de service public et aux concessions d'aménagement des sociétés d'économie mixte locales</i>	174
Section 2 Les contrôles des collectivités territoriales induits par l'actionnariat des sociétés d'économie mixte locales.....	176
§ 1. <i>Les contrôles des collectivités territoriales actionnaires par le préfet ...</i>	177
I. Le contrôle indirect par l'obligation de transmission des actes des sociétés d'économie mixte locales	177
II. Le contrôle direct par l'obligation de transmission des délibérations des collectivités territoriales.....	179

TABLE DES MATIÈRES	413
<i>§ 2. Les contrôles des collectivités territoriales actionnaires par le juge financier</i>	180
I. La gestion des sociétés d'économie mixte locales contrôlée par les chambres régionales et territoriales des comptes	181
II. Les dérives de l'actionnariat des collectivités territoriales soulignées par la Cour des comptes.....	187
CONCLUSION DU TITRE 2	191
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	193

SECONDE PARTIE
L'UTILISATION PERFECTIBLE DES SOCIÉTÉS
D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES
PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

TITRE 1: LA PRÉDOMINANCE D'UNE APPROCHE ORGANIQUE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE	197
Chapitre 1. Le développement de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales	199
Section 1 La banalisation des relations contractuelles.....	200
<i>§ 1. Le principe de la mise en concurrence des relations contractuelles</i> ...	200
I. L'introduction de la transparence pour les délégations de service public.....	201
II. La généralisation de la mise en concurrence à l'ensemble des relations contractuelles.....	202
A. La mise en concurrence des marchés publics	202
B. La mise en concurrence des concessions d'aménagement ...	204
<i>§ 2 L'abandon progressif de l'encadrement législatif des relations contractuelles</i>	207
Section 2 Le rejet de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles	210
<i>§ 1. L'interprétation restrictive des critères de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles</i>	212
I. L'impossible contrôle analogue de sociétés à capitaux mixtes....	213
II. L'appréciation délicate du critère de l'activité dans les relations contractuelles	219
<i>§ 2. L'exclusion de la théorie des prestations intégrées étendue à l'ensemble des relations contractuelles</i>	220

Chapitre 2. Les contournements de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales	223
Section 1 La suppression des obligations de mise en concurrence par la création de sociétés publiques locales	226
§ 1. <i>Les sociétés publiques locales, sociétés à capitaux intégralement publics</i>	226
I. L'expérimentation de la société publique locale dans le secteur de l'aménagement	227
II. La pérennisation des sociétés publiques locales	230
A. La préservation du régime des sociétés publiques locales d'aménagement	230
B. L'extension de la compétence des sociétés publiques locales à toute activité d'intérêt général.....	232
§ 2. <i>Les sociétés publiques locales, prestataires potentiellement intégrés aux collectivités territoriales</i>	235
I. La détention publique de l'intégralité du capital, critère insuffisant à la reconnaissance d'un prestataire intégré	236
II. La détention publique de l'intégralité du capital, indice de la transparence de la société	238
Section 2 Le déplacement des obligations de mise en concurrence par la création de partenariats public-privé institutionnalisés.....	240
§ 1. <i>La mise en concurrence des actionnaires minoritaires lors de la constitution de la société.....</i>	242
§ 2. <i>L'éviction de la mise en concurrence dans les relations contractuelles de la société avec les collectivités territoriales.....</i>	244
I. Une éviction incertaine au regard du droit de la commande publique	244
A. La validation du partenariat public-privé institutionnalisé par la Cour de Justice de l'Union européenne	245
B. L'opposition du Conseil d'État à la technique du partenariat public-privé institutionnalisé	247
II. Une éviction discutée au regard du droit de la concurrence...	250
CONCLUSION DU TITRE 1.....	255
TITRE 2: LA NÉCESSITÉ D'UNE APPROCHE RELATIONNELLE DE L'ÉCONOMIE MIXTE LOCALE.....	257
Chapitre 1. Le dépassement des obligations de transparence dans les relations avec les collectivités territoriales	259

Section 1 L'applicabilité de la théorie des prestations intégrées aux relations contractuelles.....	260
§ 1. Une théorie adaptée aux structures de partenariat entre le secteur public et le secteur privé	261
I. Une théorie fondée sur une approche relationnelle	261
II. Les sociétés d'économie mixte locales, prestataires intégrés...	264
§ 2. Une théorie étonnamment limitée aux structures de coopération entre personnes publiques.....	267
I. L'évolution des critères de la prestation intégrée.....	267
A. L'assouplissement des critères dans les relations avec des organismes de coopération intercommunale.....	268
B. L'abandon des critères en cas de mutualisation contractuelle des services	272
II. Les faiblesses théoriques de la notion de prestation intégrée.	274
Section 2 La société d'économie mixte locale, technique d'externalisation d'un service public.....	277
§ 1. L'habilitation contractuelle des sociétés d'économie mixte locales à gérer un service public.....	278
I. Les fondements discutables de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales chargées d'une mission de service public.....	278
II. L'efficacité limitée de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales chargées d'une mission de service public	281
§ 2. L'inutilité du lien contractuel entre les sociétés d'économie mixte locales et les collectivités territoriales.....	284
I. L'exercice de missions de service public par les sociétés d'économie mixte locales	285
II. Le recours aux sociétés d'économie mixte locales envisageable en dehors du cadre contractuel.....	288
Chapitre 2. L'extension des obligations de transparence aux relations avec des tiers	293
Section 1 Les sociétés d'économie mixte locales, pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices	294
§ 1. L'assimilation conditionnée des sociétés d'économie mixte locales à des pouvoirs adjudicateurs.....	295
I. Les sociétés d'économie mixte locales, organismes de droit public au sens de la directive 2004/18/CE	296

II. Les sociétés d'économie mixte locales, organismes de droit public au sens des ordonnances des 6 juin 2005 et 15 juillet 2009.....	303
§ 2. <i>L'assimilation automatique des sociétés d'économie mixte locales à des entités adjudicatrices</i>	307
Section 2 La mise en concurrence des contrats des sociétés d'économie mixte locales.....	309
§ 1. <i>La mise en concurrence des contrats de droit privé des sociétés d'économie mixte locales</i>	309
I. La multiplication des obligations de mise en concurrence des marchés des sociétés d'économie mixte locales prestataires des collectivités territoriales.....	310
II. L'extension des obligations de mise en concurrence à l'ensemble des contrats des sociétés d'économie mixte locales....	314
§ 2. <i>La requalification éventuelle des contrats des sociétés d'économie mixte locales en contrats administratifs</i>	317
I. L'approche classique des relations contractuelles par la théorie du mandat.....	318
II. L'approche renouvelée des relations contractuelles par la théorie de la transparence.....	320
CONCLUSION DU TITRE 2	323
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	325
CONCLUSION	327
BIBLIOGRAPHIE	329
I. <i>Ouvrages généraux</i>	329
II. <i>Ouvrages spécialisés</i>	331
III. <i>Thèses et mémoires</i>	334
IV. <i>Répertoires et Juris-Classeurs</i>	337
V. <i>Documents législatifs et rapports</i>	338
VI. <i>Articles</i>	339
VII. <i>Conclusions et notes</i>	364
INDEX DES DÉCISIONS	379
TABLE CHRONOLOGIQUE DES TEXTES CITÉS	395
INDEX THÉMATIQUE	403
TABLES DE MATIEREES	406

*Fondée par
Marcel Wallne
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
membre de l'Institut*

**BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 271**

*Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris II (Panthéon-Assas)*

Technique permettant la collaboration entre les secteurs publics et privés, la société d'économie mixte locale entretient des relations ambivalentes avec les collectivités territoriales. Actionnaires majoritaires, les collectivités territoriales en sont également les principaux partenaires contractuels. Cette ambivalence fonde l'attrait de l'économie mixte locale, mais est parfois également génératrice de tensions et de difficultés juridiques.

Alors que l'appropriation des sociétés par les collectivités territoriales est réussie dans les relations institutionnelles, leur utilisation par les collectivités territoriales au stade contractuel demeure perfectible. La prévalence d'une approche organique de l'économie mixte locale conduit en effet le juge à soumettre la passation des contrats à une procédure de mise en concurrence. Dès lors, la société d'économie mixte locale serait condamnée à disparaître, remplacée par une technique d'intervention plus souple, la société publique locale, dont le capital intégralement public favorisera la conclusion de contrats avec ses actionnaires en dehors du cadre de la commande publique.

Abandonner la société d'économie mixte locale sur ce fondement, ce serait oublier qu'elle constitue indubitablement la forme la plus institutionnalisée de partenariat entre le secteur public et le secteur privé. Lui préférer une structure de droit privé à capitaux intégralement publics pourrait, au contraire, se révéler porteur de nouvelles incertitudes.



ISBN 978-2-275-03787-5

www.lextenso-editions.fr

Prix : 38 €