

DOSSIER : Les sociétés publiques locales

Dossier publié à l'adresse <http://www.lagazettedescommunes.com/59822/la-spl-le-renouvellement-de-la-gestion-des-spic/>

La SPL, le renouvellement de la gestion des SPIC

Auteur associé | actus experts technique | Dossiers juridiques | Publié le 31/01/2011 | Mis à jour le 05/09/2013

La palette des scénarios à disposition des collectivités locales pour l'organisation des services publics locaux s'est enrichie d'un nouvel outil : la société publique locale (SPL). Initialement réservée au domaine de l'aménagement (loi du 13 juillet 2006), son champ d'action a récemment été largement étendu (loi du 28 mai 2010). Désormais, les SPL peuvent également intervenir « pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général ». Le présent article se concentre sur l'utilité de ce nouvel outil dans la gestion des services publics à caractère industriel ou commercial.

Un outil permettant de bénéficier du régime « in house »

La SPL ^[1] est une structure de droit privé, revêtant la forme des sociétés anonymes, mais dont les actionnaires ne peuvent être que les collectivités territoriales et leurs groupements. Il s'agit donc bien d'un outil spécifique : à la différence de la régie, le cadre d'action est purement privé et collégial ; à la différence de la société d'économie mixte, l'actionnariat est exclusivement public et ne mobilise ni les opérateurs privés, ni les banques.

Les règles de constitution et de gestion méritent d'être rappelées pour en saisir les subtilités. Comme elles prennent la forme des sociétés anonymes, les SPL comprennent a minima deux actionnaires. Leur objet social est entièrement déterminé par référence aux compétences attribuées aux collectivités qui en composent l'actionnariat. Leur activité est exclusivement cantonnée au territoire des dites collectivités-actionnaires. Enfin, il doit exister un contrôle effectif des collectivités actionnaires sur l'activité de la SPL (la conclusion d'un contrat de « quasi-régie »).

Les SPL sont donc compatibles avec le régime européen dit « in house » : dès lors que les collectivités exercent sur la SPL un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, elles peuvent confier toute mission de service public ou toute activité d'intérêt général et échapper ainsi aux règles de mise en concurrence qui s'imposent à l'économie mixte.

On voit bien l'avantage majeur que cette solution comporte pour le décideur public. Il est désormais possible d'externaliser, notamment un service à caractère industriel ou commercial, dans une structure de droit privé sans pour autant devoir s'appuyer sur un opérateur privé, ni mettre en concurrence la SPL avec d'autres opérateurs. On peut ainsi imaginer une SPL en charge du service de l'eau, des déchets, des transports, intervenant en lieu et place des traditionnelles régies ou habituels délégataires de services publics.

Toutefois, si la mission qui lui a été confiée a échappé aux règles de mise en concurrence, elle ne pourra pas s'affranchir des impératifs de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 : en tant que pouvoir adjudicateur, les SPL sont soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence pour les marchés qu'elles passent.

Objet social et actionnariat

La définition de l'objet social de la SPL est une étape clé. Deux cas de figure sont susceptibles de se présenter : soit la SPL exerce un objet social unique pour différentes collectivités ; soit elle dispose d'un objet social multiple et n'assure pas les mêmes compétences pour l'ensemble de ses actionnaires.

Se pose immédiatement la question de l'actionnariat. La nécessité de disposer de deux actionnaires implique

nécessairement un projet partenarial.

La répartition des parts pourra notamment être fonction du poids que chacun des actionnaires représentera dans l'activité de la SPL. En fonction de la pondération respective des différents actionnaires dans le capital, il s'agira alors d'organiser la répartition des sièges au conseil d'administration.

Les collectivités ou groupements disposent d'au moins un siège au conseil d'administration dont le nombre est fixé par les statuts. Les sièges sont attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque actionnaire (CGCT, art. L. 1524-5 ^[2]). La condition relative au « contrôle analogue » exercé par l'autorité adjudicatrice peut être remplie dans un cas où la collectivité ou le groupement est minoritaire ⁽¹⁾ ^[3].

Parfois, une collectivité souhaitant se doter d'une SPL pour une mission précise relevant de sa compétence exclusive aura des difficultés à trouver un coactionnaire : elle pourra toujours faire appel à un partenaire habituel (par exemple : EPCI auquel elle appartient, quitte à enrichir l'objet social d'une mission secondaire, afin de doter les partenaires d'une compétence à devenir actionnaire, sans méconnaître le principe de compétence exclusive de l'EPCI).

Inversement, la possibilité de requérir un nombre élevé d'actionnaires conduit à pouvoir envisager un très large périmètre géographique d'intervention, même si la loi entend circonscrire les velléités d'extension des SPL en leur interdisant d'intervenir en dehors du territoire de leurs membres. Rien ne s'oppose à envisager une SPL « opérateur d'eau » sur un territoire aussi vaste qu'un département ou une région, dès lors que l'ensemble des acteurs compétents en seraient actionnaires. En tout état de cause, la définition du pacte d'actionnaires est une étape déterminante dans la genèse du projet.

Relations aux collectivités

La liaison entre la SPL et ses collectivités actionnaires doit être assurée dans le cadre d'un dispositif statutaire (institution de commissions de contrôle et de décision, pacte d'actionnaires) et conventionnel de type contrat de quasi-régie.

Cette convention devra définir les objectifs assignés à la SPL, notamment en termes de niveau de service et de performance. On pourra utilement s'inspirer à ce titre des conventions de délégation de service public conclues avec des opérateurs privés. Il s'agira également de traiter des moyens octroyés à la SPL, et notamment les installations mises à disposition et les modalités de rémunération.

En particulier, il conviendra de définir si la rémunération emporte une part de risque et péril assumé par la SPL (modalités proches d'une délégation de service public (DSP ^[4]), si elle est forfaitaire et s'accompagne d'un intéressement (de type régie intéressée). S'agissant d'une convention « in house » attribuée en gré à gré, le décideur public dispose d'une grande latitude pour en déterminer le schéma économique. Enfin, la convention prévoira les modalités de l'exercice du pouvoir de contrôle par l'autorité organisatrice.

Au-delà de l'exploitation des services publics industriels et commerciaux, la SPL peut également tenir un rôle dans l'accompagnement du maître d'ouvrage, y compris en recourant à la maîtrise d'ouvrage déléguée. Il n'est pas certain que cette solution soit souhaitable. Le décideur public reconstituerait un des travers de la régie, qui, bien souvent, ne parvient plus à distinguer entre le rôle de l'autorité organisatrice et celui de l'exploitant public, au détriment d'une vision à long terme et d'un regard critique sur la gestion.

Gestion et équilibre financier

De par son caractère de société anonyme, la SPL permet une grande souplesse dans la gestion, parfaitement adaptée aux services publics locaux. En particulier, une SPL s'inscrit dans le plan comptable général et échappe aux nomenclatures publiques. Elle peut par ailleurs recourir à l'emprunt, y compris pour les dépenses de fonctionnement, ce qui peut être particulièrement utile pour le lancement d'une activité. Elle offre d'intéressantes possibilités d'externalisation de la dette.

En préalable à la création de la SPL, la définition d'un business plan permettant l'atteinte d'un certain niveau de rentabilité devra être appréciée finement. Rappelons que, comme toute société commerciale, la SPL a vocation à réaliser des bénéfices. Il s'agit notamment de disposer de réserves en cas d'exercices moins favorables sur le plan économique et financier, mais également de dégager une certaine capacité d'investissement. A la différence des sociétés commerciales classiques, on ne voit pas d'intérêt spécifique à la distribution de dividendes. Il est vraisemblable que la totalité du résultat sera réinvesti dans le service public, ou affecté à la consolidation des réserves. Il reste effectivement peu probable qu'une SPL connaisse des difficultés financières durables, les actionnaires ayant alors tout intérêt à renégocier la convention liant la société à ses « clients ». Même en cas de difficultés avérées, les collectivités actionnaires auront la possibilité de procéder à des augmentations de capital. Toutefois, ces décisions sont soumises au contrôle du juge administratif qui vérifiera si l'opération de recapitalisation n'est pas, eu égard à la gravité de la situation financière (importantes pertes d'exploitations) et aux capacités financières de la collectivité, dépourvue d'intérêt général et entachée d'erreur manifeste d'appréciation ⁽²⁾ ^[5].

Enfin, il conviendra de veiller à ne pas permettre à la SPL de réaliser un bénéfice trop significatif, même si elle le réinvestit dans le service public : on se trouverait alors dans la situation de devoir régler un montant élevé d'impôt sur les sociétés.

Gestion du personnel

La question des personnels est certainement une des plus épineuses. Par définition, le personnel recruté par la SPL relève du droit privé. Toutefois, les personnels existants dans les services de la collectivité peuvent être intégrés en recourant à la mise à disposition ou au détachement. Tout cela ne se fera pas sans une sérieuse négociation sociale. Néanmoins, cette stratégie peut s'avérer gagnante pour le décideur public. L'exploitation des services publics urbains des grandes collectivités mobilise en effet un nombre généralement très conséquent d'agents. L'intégration de ces métiers spécifiques au sein de la masse salariale globale de la collectivité peut se révéler source d'une grande complexité, notamment face à l'émergence de revendications catégorielles. En particulier, il serait vraisemblablement difficile d'offrir certains avantages aux agents chargés du Spic ^[6] sans les répercuter sur l'ensemble de la masse salariale. Et inversement, l'organisation retenue pour les missions administratives n'est pas nécessairement efficiente pour un Spic. La SPL, isolant les agents intervenant sur le Spic, permet d'apporter des réponses spécifiques à leur besoin. Par ailleurs, en cas de passage du mode de gestion SPL vers une délégation de service public, il apparaît que la SPL peut faciliter la reprise de personnel aux opérateurs privés au moment du changement de mode de gestion. La question de leur intégration à un univers relevant majoritairement de la fonction publique ne se posera plus et, inversement, la reprise du personnel en cas de passage de DSP ^[7] à la SPL, sera facilitée, la nouvelle entité restant de droit privé.

Quelle réversibilité des choix de mode de gestion ?

La SPL pourrait faciliter la réversibilité des choix de mode de gestion. Par retour d'expérience, il apparaît que le choix d'un « retour en régie » est généralement à sens unique. Rares sont les collectivités à s'être engagées dans cette voie qui sont en situation après quelques années de tirer un véritable bilan de leur régie et d'envisager le cas échéant de mettre un terme à l'expérience.

La SPL offre alors un cadre plus souple : la convention la liant à la collectivité comporte une échéance, les performances sont plus facilement mesurables et la reprise de l'activité par un délégataire privé est facilitée. Soit il s'agit d'arrêter les comptes de l'activité de la SPL et de les reprendre pour les intégrer à une délégation de service public ou une régie, soit il s'agit d'ouvrir le capital de la SPL au secteur privé. Sur ce dernier point, et considérant que la loi du 28 mai 2010 énonce clairement que le capital des SPL doit être totalement détenu par les collectivités territoriales et leur groupement, l'ouverture du capital de la SPL au secteur privé entraîne de plein droit la modification des statuts de la société, soit en SEM, soit en société commerciale dans l'hypothèse d'un rachat de l'ensemble des actions par le privé.

Se posent alors des questions fondamentales : quid du devenir du contrat de quasi-régie conclu entre la collectivité actionnaire et l'ex-SPL sans procédure de publicité et de mise en concurrence, qu'en est-il des règles de mise en concurrence et de l'ouverture du capital ? Rappelons que le Conseil d'Etat considère que le changement de propriétaire des actions composant le capital, même dans une proportion très largement majoritaire, ne constitue pas une cession de contrat. La personne publique ne peut s'y opposer mais peut décider de résilier la convention pour motif d'intérêt général, si elle estime que ce changement d'actionnariat ne présente pas les garanties professionnelles et financières suffisantes pour assurer la continuité du service ⁽³⁾ ^[8].

Ainsi, sauf à prévoir dans le contrat de quasi-régie une clause prévoyant la résiliation de plein droit en cas de changement dans le capital social (ce qui serait à notre sens justifié au titre de l'existence d'un contrat de quasi-régie), la modification de l'actionnariat vers le secteur privé ne devrait pas entraîner systématiquement la résiliation de la convention.

La question du détournement de procédure reste donc entière.

Il convient donc de se demander si l'ouverture du capital d'une SPL, par la vente d'actions notamment, est soumise à des règles de mise en concurrence, et si cette opération peut, ou non, s'analyser en un marché visé par l'ordonnance du 6 juin 2005, à laquelle les SPL sont soumises. Si l'opération ne constitue pas un marché public, on rappellera que, dans sa communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) en date du 5 février 2008 (C 2007-6661), la Commission européenne considère en effet qu'une procédure équitable et transparente du choix du partenaire privé d'un PPPI doit garantir que l'objectif de libre concurrence non faussée et le principe d'égalité de traitement soient respectés, ce qui induit la nécessité de mettre en concurrence le choix d'un partenaire privé dans le cadre de la diversification de l'actionnariat.

Dans le même sens, et pour éviter tout détournement de procédure, la CJCE considère, dans un arrêt en date du 10 septembre 2009 (C-573/07 ^[9]), qu'en cas de modification, pendant la durée du contrat « in house », du capital social d'une société ayant bénéficié de l'attribution directe dudit contrat, une nouvelle mise en concurrence du marché demeure indispensable. Cette solution diverge de l'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 (n° 364803), selon lequel un changement de propriétaires des actions de la société attributaire ne met pas fin aux contrats. Faut-il une mise en concurrence de l'ouverture du capital ou une mise en concurrence du contrat ? Une clause relative au changement de contrôle insérée dans les documents contractuels serait à notre sens utile et nécessaire.

Une alternative à la DSP... ou à la régie ?

Les collectivités et leurs groupements pourraient être tentés d'envisager la SPL comme une alternative à la délégation de service public. En effet, le montage permet de confier l'exploitation d'un Spic à une société privée sur laquelle on exerce un contrôle total et avec l'assurance que l'éventuelle marge sera entièrement réinvestie au profit du service public. En s'associant avec d'autres collectivités voisines, on peut même prétendre à la constitution d'une structure disposant d'une masse critique et permettant une certaine forme de mutualisation et d'effet d'échelle.

Toutefois, la DSP apporte des avantages non négligeables qui ne se retrouvent pas dans la SPL : recours facilité à l'expertise, mutualisation à grande échelle des moyens techniques, responsabilité en lieu et place de la collectivité délégataire, prise en charge par la personne privée d'un certain nombre de risques dont le risque commercial. Il appartiendra à la collectivité, tentée de changer de mode de gestion, d'étudier de manière approfondie l'ensemble des implications d'un tel choix.

Mais la SPL se révèle également alternative à la régie traditionnelle. On rappelle à cet effet que depuis le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 ^[10], les régies en charge de Spic doivent au minimum envisager l'autonomie financière et peuvent éventuellement se doter de la personnalité morale pour se constituer en

établissement public industriel et commercial (Epic ^[11]).

Même s'il existe encore de nombreuses régies « simples » – parfois appelées régie directe, pas même dotée d'un conseil d'exploitation – il est frappant de noter que la seule possibilité d'individualiser le service industriel et commercial au sein d'une structure dotée de la personnalité morale était justement le recours à l'Epic. La mise en place d'une régie personnalisée ne repose pas nécessairement sur un critère de taille, mais sur le fait que la collectivité souhaite se doter d'un outil de gestion qui correspondra à la mise en œuvre technique de sa politique de service public. Elle apparaîtra comme étant le prolongement de la collectivité.

Une telle solution présente en effet de nombreuses contraintes : outre un cadre de gestion toujours aussi rigide, la constitution d'un Epic équivaut à un transfert des décisions de gestion de l'assemblée délibérante vers le conseil d'administration de la régie. L'Epic est en charge de l'exploitation, mais il joue également le rôle de l'autorité organisatrice. Il est chargé de décider à travers ses délibérations de toutes les questions liées au fonctionnement de la régie : tarification du service ; sort et utilisation des biens de la régie ; contrats et marchés ; vote du budget et des comptes financiers ; affectation du résultat ; création et suppression d'emplois ; transactions et actions en justice sous réserve des délégations données au directeur.

La SPL permet de maintenir une saine séparation des responsabilités : à l'assemblée délibérante la responsabilité de la définition du service via, d'une part, la mise en place, par les statuts, de commissions de contrôle et, d'autre part, le contrat d'objectifs, de moyens et de contrôle, à la SPL la mise en œuvre des décisions au travers des missions d'exploitation. Non seulement la SPL dispose de toute la réactivité d'une société commerciale, mais elle doit mobiliser des mécanismes de contrôle permettant à la collectivité d'influer de manière déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de la société.

En réalité, envisager une SPL permet de se poser les bonnes questions souvent éludées au moment du choix de la régie. Comment assurer sur le long terme l'équilibre économique du projet ? quels engagements en matière de service public ? comment en assurer le contrôle ? comment revenir en arrière en cas d'échec ? est-on bien sûr de prendre en compte les contraintes métiers des agents mobilisés sur les Spic (recrutement, encadrement, gestion des carrières) ?

La SPL tiendra-t-elle ses promesses ? Peut-elle s'installer comme un modèle pérenne de gestion des Spic ? Comme tout objet innovant, la SPL inquiète et connaît de nombreux détracteurs. Dans la mesure où elle exonère le décideur public de la mise en concurrence, on lui reprochera de ne pas favoriser une gestion optimisée des services. Puisqu'elle s'inscrit délibérément dans un cadre de gestion privé, on verra en elle un faux-nez du grand capital. De notre point de vue, il s'agit surtout d'une possibilité à considérer, qui permet de s'extraire des stricts débats idéologiques « régie ou privatisation du service public » pour s'interroger sur le degré de pertinence de l'économie publique locale.

REFERENCES

- Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, JO du 29 mai 2010.
- Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, JO du 16 juillet 2006.