

CHRONIQUE

**Les sociétés d'économie mixte à opération unique :
l'apparition en droit français des contrats de partenariat
institutionnalisés**

Chronique Romain Mainneuret

538

JURISPRUDENCE

• Actes des collectivités locales

Quel est le contrôle du juge sur le motif d'intérêt
général de nature à justifier la résiliation unilatérale
d'un contrat administratif par l'une des personnes
publiques entre lesquelles il est conclu et sur l'existence
d'un bouleversement de l'équilibre de ce contrat ?

Conclusions Bertrand Dacosta

543

• Domaines public et privé des collectivités locales

En cas d'annulation d'un état exécutoire pour
inopposabilité des tarifs d'utilisation du domaine
public, la collectivité locale peut-elle émettre de nouveaux
titres avec effet rétroactif ?

Conclusions Benoît Bohnert

548

• Fonction publique territoriale

Le poste de directeur général d'un office de l'habitat
est-il un emploi fonctionnel ?

Conclusions Isabelle Hogedez

555

• Finances publiques locales

La fiscalité peut-elle être utilisée pour sanctionner
la ligne éditoriale d'un journal et menacer la pérennité
d'une entreprise de presse ?

*Conclusions (extraits) Édouard Crépey
Observations de Jean-Paul Pastorel*

564

...

Table des matières thématique

CHRONIQUE

- Les sociétés d'économie mixte à opération unique : l'apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés..... 538

JURISPRUDENCE

Actes des collectivités locales

- CE 4 juin 2014, *Commune d'Aubigny-les-Pothées*..... 543

Domaines public et privé des collectivités locales

- CE 28 mai 2014, *Compagnie des Bateaux-Mouches*..... 548

Fonction publique territoriale

- CAA Marseille 3 juin 2014, *Office public de l'habitat des Bouches-du-Rhône c/ M. Escall*..... 555

Finances publiques locales

- CE 12 mai 2014, *Sociétés SELN et SOC La Dépêche*..... 564

Élections

- CE 4 juin 2014, *Commune de Dieuze et autres*..... 572
- TA Cergy-Pontoise 26 juin 2014, *Mme Florence Ville Vallée et autres, Élections municipales de Margency*..... 580
- TA Cergy-Pontoise 26 juin 2014, *M. Jean-Marc Sergen, Élections municipales de Saint-Witz*..... 586
- TA Cergy-Pontoise 26 juin 2014, *M. François Michon et autres*..... 591
- TA Cergy-Pontoise 26 juin 2014, *M. Marc Poirat, Élections municipales de Groslay*..... 596

- BRÈVES DE JURISPRUDENCE 601

- L'OFFICIEL EN BREF..... 606

- MODÈLE D'ACTE..... 611

BJCL

comité de rédaction

Bernard Poujade

Professeur agrégé à l'Université
Paris Descartes
Avocat au Barreau de Paris

Mattias Guyomar

Conseiller d'État
Professeur associé à l'Université de Paris XI

Édouard Geffray

Maître des requêtes au Conseil d'État

Michel Degoffe

Professeur agrégé à l'Université
Paris Descartes

et

Jean-Claude Bonichot

Conseiller d'État

Xavier Cabannes

Professeur à l'Université d'Amiens-Jules Verne

Claire Cornet

Administrateur territorial

Lionel Fourny

Ancien Directeur général des services du département de la Moselle
– Président de l'Association des directeurs généraux et directeurs
généraux adjoints des services des départements et régions

Laetitia Janicot

Professeur agrégé à l'Université de Cergy-Pontoise

Christian Pisani

Notaire, SCP Durant des Aulnois Pisani Thabeault & Dubost

Olivier Ritz

Conseiller du comité de direction de la Caisse des dépôts

Rémy Schwartz

Conseiller d'État
Professeur associé à l'Université de Paris I

François Séners

Maître des requêtes au Conseil d'État

Christophe Soulard

Conseiller à la Cour de cassation – Professeur associé à l'Université
de Lorraine

Laurent Touvet

Conseiller d'État

La réforme territoriale déjà remise en cause ?

Le Premier ministre avait annoncé la disparition des conseils départementaux à l'horizon 2021 mais devant le tollé des présidents, notamment de départements ruraux, il semble que cette mesure forte pour alléger le mille-feuille ne soit plus telle quelle à l'ordre du jour

Si le Premier ministre veut toujours fusionner les départements avec les métropoles là où elles existent, il semblerait que dans les départements ruraux, les conseils doivent garder un rôle, même si leurs compétences seront simplifiées.

Il est vrai que certaines compétences pourraient s'exercer difficilement hors du champ départemental.

En ce qui concerne les financements, il a été fait allusion à la nécessité de faire 11 milliards d'économie, mais là encore il n'est pas sûr que l'objectif drastique soit tenu.

Les discussions vont bon train à l'heure où l'investissement local est d'ailleurs un facteur de croissance ou, en tout cas, d'emploi pour nombre d'entreprises notamment du BTP dans les territoires.

La nouvelle carte territoriale est-elle de surcroît définitive ?

Rien n'est sûr.

Surtout que les élections sénatoriales se profilent à l'horizon avec le risque pour la majorité de perdre le Sénat.

Cela ne devrait pas améliorer le climat pour un gouvernement dont les priorités sont sans doute autres qu'institutionnelles.

Il est donc urgent d'attendre !

Bernard POUJADE

Chronique

Les sociétés d'économie mixte à opération unique : l'apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés



Romain
Mainevret

L'entrée en vigueur de la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création des sociétés d'économie mixte à opération unique pose de nombreuses interrogations en raison de l'association du droit des sociétés et du droit des contrats publics. Toutefois, cette innovation doit être appréhendée comme l'apparition d'un nouveau type de contrat partenariat en droit français.

L'interventionnisme local alliant capitaux privés et publics n'est pas nouveau. Dès 1926, les décrets-lois Poincaré rendaient possible l'existence de sociétés d'économie mixte¹ (SEM) avant que la loi du 7 juillet 1983² vienne renforcer leur statut, en posant le principe d'un capital majoritairement public. Révélateur de l'évolution de l'État, l'interventionnisme local est depuis quelques années marqué par une volonté de partenariat avec les personnes privées.

Détachée du droit des sociétés, l'utilisation par les collectivités territoriales des contrats de partenariat³ met aussi en exergue ce choix de faire appel aux moyens techniques et financiers des partenaires privés.

¹ Décrets-lois Poincaré du 5 novembre 1926 et du 28 décembre 1926.

² Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, modifiée par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales ; codifiée aux articles L. 1521-1 à L. 1525-3 du CGCT.

³ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat ; codifiée à l'article L. 1414-1 du CGCT.

Ce mouvement de transformation se poursuit. En effet, suite à de nombreuses propositions de loi ayant pour objet d'introduire un nouveau procédé qualifié de société d'économie mixte à opération unique (SEMOU)⁴. Le Parlement a adopté le 1^{er} juillet 2014 la loi permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique⁵. Il faut noter que la composante contractuelle de ces partenariats public-privé transparait plus clairement dans la proposition de loi qui employait la notion de « société d'économie mixte contrat »⁶.

Ses atouts sont nombreux selon ses inspirateurs. Les SEMOU sont présentées comme des outils juridiques à la disposition des collectivités territoriales dans la gestion de leurs services publics locaux⁷, permettant d'augmenter la possibilité d'intervention dans l'économie et cela grâce à la participation renforcée de capitaux privés. Leurs domaines d'actions mis en avant sont la gestion de l'eau, des déchets, de l'énergie, du haut débit ou encore des opérations de rénovation urbaine⁸. Dans cette logique, le nouvel article L. 1541-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que « dans le

⁴ Six propositions de lois ont été déposées sur ce sujet entre octobre et novembre 2013.

⁵ Loi n° 2014-744, JO, n° 0151 du 2 juillet 2014, p. 10897.

⁶ La proposition de loi employée cette notion avant la discussion en commission.

⁷ Voir le compte rendu de la séance en commission du 11 décembre 2013.

⁸ Propos d'André Vallini lors de la discussion à l'Assemblée nationale.

cadre de ses compétences, autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique⁹, sélectionnée après une mise en concurrence [...], une société d'économie mixte à opération unique ».

Toutefois, l'étude de ce procédé démontre qu'il est préférable de le qualifier, de contrat de partenariat institutionnalisé.

Dans ce sens, ce nouveau type de contrat de partenariat est suggéré par le droit de l'Union sous le vocable partenariat public privé institutionnalisé (PPPI), en témoigne une communication de la commission du 5 février 2008¹⁰. De plus, ce contrat est déjà répandu dans certains pays de l'Union européenne¹¹.

Par conséquent, cette innovation doit être analysée, au travers du processus d'institutionnalisation du contrat de partenariat (I), puis de ses caractéris-

⁹ Les EPIC pourront être actionnaires, en raison du choix de ne pas retenir dans la loi, la notion de personne privée, mais celle d'actionnaire opérateur. Ce point a peu ou prou d'intérêts car en réalité les collectivités cherchent des capitaux dont les détenteurs sont des entreprises privées.

¹⁰ COM C[2007]6661, 5 février 2008 : JO n° C 91, 12 avril 2008, p. 4 ; voir aussi V. B. du Marais et J.-M. Glatt, « PPP institutionnalisés : La Commission européenne précise l'application aux PPP institutionnels de l'exception in house et de la procédure de sélection » : *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 174.

¹¹ À titre d'exemple, il est possible de citer, l'Espagne, l'Allemagne, l'Italie.

tiques, une fois institutionnalisés (II). L'ensemble de ces éléments concrétise une claire distinction entre SEM et SEMOU.

I. Le processus d'institutionnalisation du contrat de partenariat

Ce nouveau type de contrat de partenariat a pour particularité d'être institutionnalisé. Ce processus d'institutionnalisation s'appuie principalement sur le droit des sociétés, il constituera le seul point de rattachement de ces contrats institutionnalisés au SEM. Dans cette logique, la SEM est l'outil de l'institutionnalisation du partenariat (A). Cette institutionnalisation se concrétise en raison d'un unique appel d'offres (B).

A) Un contrat de partenariat institutionnalisé par une SEM

La jurisprudence de référence de la Cour de justice, *Acoset*¹², pose le principe que dans le cadre d'un PPPI est créée une « société à capital mixte, public et privé, qui doit garder le même objet social »¹³.

S'inspirant de ce principe, le nouvel article L. 1541-1 du CGCT prévoit qu'une « collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer [...] une société d'économie mixte à opération unique [...] », ayant « un objet unique ».

Les possibles objets uniques de ces « fausses SEM » sont, soit la gestion d'un service public, la réalisation des opérations en matière de construction, d'aménagement, ou toute opération d'intérêt général¹⁴. Ces objets ne peuvent s'étendre aux missions « de souveraineté », cela limite donc le champ d'action des SEMOU, en excluant les missions de police, de sécurité. Cette limite est justifiée, il

s'agit d'une restriction classique à l'utilisation des contrats publics¹⁵.

Cet objet contractuel unique est bel et bien synonyme de l'expression « objet social » utilisée par la Cour de justice. Il faut noter que contrairement aux contrats de partenariat classiques, ces partenariats institutionnalisés ne permettent pas de réaliser une mission globale¹⁶.

De cet objet unique, il résulte un type particulier de SEM déterminé par la durée d'exécution du contrat de partenariat. L'article L. 1541-1, précise qu'une SEMOU a une durée « limitée » et qu'elle est « dissoute de plein droit au terme du contrat [...] ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré ». La société n'a pas d'autonomie par rapport au contrat, elle n'a qu'une fonction d'institutionnalisation dudit contrat. Cette société est donc le support juridique institutionnalisant le contrat de partenariat public-privé.

Cela a été confirmé lors des discussions parlementaires au Sénat où il a été soustrait, la possibilité de faire perdurer ces sociétés une fois le contrat exécuté¹⁷. Les SEMOU auraient pu se transformer en SEM ou en société publique locale (SPL)¹⁸. Toutefois, cette possibilité aurait mis à mal l'idée d'une institutionnalisation du contrat de partenariat par une SEM car ces sociétés auraient été détachables du contrat.

Néanmoins, cette flexibilité aurait été profitable aux collectivités. En effet, il aurait été intéressant de laisser la ou les personnes publiques reprendre des parts dans le capital à l'issue de l'exécution du contrat. Par exemple, cela aurait permis de continuer la gestion d'un service public dans le cadre d'une SPL.

De plus, une des novations centrales concerne la répartition du capital de la société. En effet, à la lecture de l'article 1541-1 du CGCT, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales « détiennent entre

34 % et 85 % du capital [...] ». L'obligation d'un capital majoritairement public qui caractérise les SEM n'est donc pas présente. Le but des SEMOU est clairement de permettre d'attirer des capitaux privés.

Sur le plan théorique, au regard de cette répartition du capital, il existerait des entreprises privées locales à mission publique. Le statut d'entreprise publique locale serait donc questionné, étant donné qu'une entreprise publique est caractérisée par le fait que « l'État ou d'autres personnes publiques disposent séparément ou conjointement de la majorité des actions ou des voix dans les organes délibérants, ou bien d'un pouvoir prépondérant sur les décisions ou la gestion »¹⁹. Toutefois, cette piste n'est pas viable car dans le cadre des SEMOU, la SEM a simplement un rôle d'institutionnalisation du contrat.

De plus, la composante contractuelle est renforcée, en raison d'une nouvelle dérogation aux principes structurants les SEM qui sont une durée non déterminée et une participation majoritairement publique. Toujours au titre des dérogations, le droit commercial prévoit que les sociétés anonymes (SA) doivent être constituées au minimum de sept actionnaires²⁰, cela n'est pas le cas des contrats de partenariat institutionnalisés qui peuvent se limiter à deux actionnaires. Le caractère contractuel va être concrétisé par la technique de l'appel d'offres.

B) Un appel public à la concurrence unique

Le nouvel article L. 1541-1 prévoit qu'une « collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer [...] après une mise en concurrence dans les conditions définies à l'article L. 1541-2 » ces sociétés qui institutionnalisent un contrat de partenariat. À ce propos, l'article 1541-2 choisit la notion « d'appel public à la concurrence » pour qualifier cette pro-

¹⁵ CE 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton*, req. n^{os} 144152 et 144241 : publié au Recueil Lebon.

¹⁶ Voir article L. 1414-1 du CGCT.

¹⁷ La proposition de loi prévoyait cette possibilité.

¹⁸ La loi n^o 2010-559 du 28 mai 2010 a créé les sociétés publiques locales, entités sans participation privée et soustraites au droit de la concurrence.

¹⁹ M. Durupty, « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? », *Rev. adm.* 1984, p. 7, sp., p. 19. Définition citée par le *JCL Administratif*, Fasc. 158-10.

²⁰ Voir l'article L. 225-1 code de commerce.

¹² CJCE 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, aff. 196/08 : Rec., p. 9913.

¹³ *Ibid.*, point 62.

¹⁴ 3^e alinéa de l'article L. 1541-1.

cédure unique²¹. Cet appel d'offres reprend les modalités de passation du contrat de la commande publique auquel renvoie l'objet du contrat. La passation se conclura par le choix par la collectivité de l'offre la plus avantageuse. Cette mise en concurrence unique se déroule donc au stade de création du partenariat. Elle permet de créer ce partenariat et de prévoir en même temps les missions qu'elle va assurer pour garantir son objet. Par cet appel d'offres unique, l'objet du contrat, la répartition des capitaux investis seront déterminés, il en est de même du coût global de l'opération. En cas de procédure infructueuse, la personne publique pourrait recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis de publicité²².

Il faut souligner que l'article L. 551-1 du code de justice administrative régissant le référé précontractuel est modifié pour y ajouter que dans le cadre de la « sélection d'un actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte à opération unique » pourront être soulevés les manquements aux obligations de concurrence et de transparence²³. Le juge administratif pourra donc suspendre l'exécution du contrat de partenariat institutionnalisé comme il peut le faire dans un contrat de partenariat classique.

Pour revenir sur le caractère unique de cet appel public à la concurrence, cette caractéristique est dans la continuité du droit de l'Union. La Cour de justice estime que l'obligation de mise en concurrence ne s'applique pas lorsque les partenaires privés ont été initialement sélectionnés aux termes d'une mise en concurrence²⁴. Par conséquent, le droit de l'Union en forgeant ces contrats de partenariats a posé ce principe d'unicité de la procédure de mise en concurrence qui a été repris par le droit français. Toutefois,

des interrogations demeurent sur le caractère dérogatoire de cette procédure unique au regard des principes de la commande publique. En effet, suite à la communication de la commission de 2008 sur les PPPI²⁵, le ministre de l'Économie de l'époque avait demandé un avis au Conseil d'État sur ce mécanisme.

Par cet avis du 1^{er} décembre 2009²⁶, la Haute Institution a été claire. Elle estime que ce type de société, avec un appel d'offres unique pour la création de la société et le choix de l'attributaire du contrat, serait potentiellement contraire au droit public français. Le Conseil souligne que « l'introduction dans le droit français d'une formule de PPPI au stade de la passation, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, nécessiterait une modification substantielle de l'ensemble des textes applicables ». « Dissociant le candidat initial et la personne retenue pour conclure le contrat, elle n'irait pas sans difficultés au regard des principes de valeur constitutionnelle [...] »²⁷. D'après le Conseil d'État, il faudrait donc procéder à une procédure en deux temps. En raison de cette mise en concurrence unique, les SEMOU emploieraient donc une procédure dérogatoire aux principes du droit de la commande publique, plus précisément à l'égalité de traitement devant la commande publique. Dans cette logique, la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003²⁸ évoque l'existence d'exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, sur le fondement de l'article 6 de la DDHC²⁹. À partir de ce constat, l'absence de seconde procédure de mise en concurrence spécifique à la passation du contrat serait possiblement une atteinte à ce principe.

En tout cas, face au caractère dérogatoire de la procédure d'appel d'offres, il aurait été opportun de s'inspirer des

contrats de partenariat classiques. Ces derniers sont aussi susceptibles de priver des exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique³⁰; et en raison de cela, ils sont marqués par des conditions limitant leur utilisation. Par conséquent, le législateur aurait dû s'inspirer de l'exemple des contrats de partenariat classiques.

Dans cette logique, à titre d'exemple, la nécessité pour la collectivité de démontrer son incapacité à agir seule en raison de la complexité de l'objet du contrat, ou une situation d'urgence aurait dû être à démontrer. De plus, l'obligation de réaliser une évaluation préalable devrait conditionner le recours au SEMOU. Un risque d'inconstitutionnalité pèse donc sur cet appel d'offres unique en raison de l'absence de condition limitative. La jurisprudence du Conseil constitutionnel reste donc à suivre.

II. La phase postérieure à l'institutionnalisation

Après la phase de passation du contrat qui donne lieu à son institutionnalisation, il faut s'interroger sur la « vie du contrat ». Cette phase soulève de nombreux questionnements, tant du point de vue de la contestation de sa validité, que des garanties pour les personnes publiques dans son exécution.

À ce propos, la crainte d'une exécution du contrat dominée par l'opérateur économique est fondée (A). Par ailleurs, la soumission des contrats de partenariat institutionnalisés au contentieux de la commande publique est acquise tout en étant adaptée (B).

A) Une exécution du contrat dominée par l'opérateur économique

De nombreuses caractéristiques régissant ce nouveau type de partenariat soulèvent des incertitudes en raison de la position de l'opérateur économique ou des opérateurs écono-

²¹ Cette procédure se réalise dans le respect des dispositions du livre II du code de commerce applicables aux sociétés anonymes, nécessitant la rédaction des statuts, l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, et la publicité.

²² Article L. 1541-2 du CGCT.

²³ Cette possibilité n'était pas envisagée par la proposition de loi et a été ajoutée par la Commission des lois de l'Assemblée nationale.

²⁴ Arrêt Acoset précité, point 61.

²⁵ Communication précitée JO, 12 avril 2008, p. 4.

²⁶ CE Avis 1^{er} décembre 2009, req. n° 383264.

²⁷ *Ibid.*, point.1.2.

²⁸ Le Conseil utilise pour la première fois, la notion de commande publique, Décision n° 2004 -473, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *Journal officiel* du 3 juillet. 2003, p. 11205.

²⁹ *Ibid.*, considérant 18.

³⁰ *Idem.*

miques, dans le cadre de l'exécution du contrat.

Premièrement, en cas de participation minoritaire de la personne publique, la collectivité territoriale n'aura plus le contrôle du partenariat institutionnalisé. En effet, le « partenaire commercial » qualifié par la loi d'actionnaire opérateur économique aura le dernier mot, le nombre de sièges d'administrateur étant attribué en proportion du capital détenu.

Dans ces conditions, le fait que le président de la SEMOU soit un représentant de la personne publique est insuffisant. L'existence d'une minorité de blocage semble aussi inutile. Cette caractéristique n'empêchera pas la perte de contrôle de la société car les décisions courantes au sein de ces sociétés se prennent à la majorité en raison du droit commun des sociétés anonymes, tant au sein du conseil d'administration, que dans le cadre de l'assemblée générale.

De plus, il n'est pas certain que dans le cas de la gestion d'un service public, une simple minorité de blocage suffise pour garantir la qualité du service. La seule possibilité pour l'actionnaire public minoritaire serait de s'opposer à l'évolution du capital de la société en assemblée générale extraordinaire³¹. Cet argument est vain car la société à opération unique n'a pas vocation à voir son capital évoluer. La possible perte de contrôle de la personne publique est une difficulté qu'il faut soulever.

Par ailleurs, la question du risque financier est assez problématique. Le parallèle entre un contrat de délégation de service public et un contrat de partenariat institutionnalisé ayant pour objet la gestion d'un service public en est assez révélateur. En tant qu'actionnaire, la personne publique ne pourra pas transférer une part importante du risque comme elle le fait dans le cadre d'un contrat classique portant délégation de service public³². Cela s'explique car dans une délégation de service public (DSP) la personne publique ne

participe pas à l'exécution du contrat alors qu'elle y participe dans le cadre du partenariat institué. Dans l'hypothèse d'un contrat de partenariat institutionnalisé, les risques seront donc plus importants pour la personne publique que dans le cadre d'un contrat de DSP.

De plus, ces risques encourus s'accompagneront de l'absence de contrôle de fait sur la gestion de la société en cas de participation publique minoritaire. Contrairement au contrat de DSP, où il demeure un contrôle de la personne publique sur le délégataire. Toutefois, le contrat de DSP et l'exécution d'un service public dans le cadre de ce type de contrat de partenariat renvoient à deux régimes juridiques différents.

Enfin, concernant la question de la responsabilité, la situation est plus mitigée.

Le président de la SEMOU expose sa responsabilité pénale en tant qu'élu administrateur³³. Néanmoins, l'institutionnalisation du contrat va conditionner le partage de la responsabilité administrative, la personne publique qui sera le plus souvent minoritaire au capital voit sa responsabilité limitée.

Il faut en déduire qu'à l'inverse d'une DSP dans laquelle le délégant est responsable auprès des tiers d'une mauvaise exécution du contrat³⁴, il y aurait un partage des responsabilités dans le cadre d'une SEMOU. Ce partage résulterait donc de la répartition du capital de la société institutionnalisant le contrat de partenariat.

Par conséquent, ce nouveau type de contrat de partenariat est donc questionné surtout concernant les risques. Cette formule semble donc peu avantageuse pour les collectivités territoriales lorsque la collectivité est actionnaire non majoritaire. Cette situation d'actionnariat privé majoritaire sera la plus répandue car elle constitue une des raisons de l'apparition en droit français de ces partenariats. Toutefois, ces partenariats résulteront souvent du

manque de moyen des collectivités, tel un « choix contraint ».

B) Une soumission adaptée au contentieux de la commande publique

L'analyse selon laquelle les SEMOU doivent être qualifiées de nouveau type de contrat de partenariat plutôt que de SEM est renforcée par le régime contentieux. En effet, les recours contractuels du droit de la commande publique vont en grande partie s'appliquer.

Tout d'abord, il faut rappeler que l'article L. 551-1 a été modifié pour ouvrir le référé précontractuel à l'encontre de la passation des contrats de partenariat institutionnalisés. Reconnaitre ce type de recours avant la création des SEMOU, c'est reconnaître que la passation d'un contrat public est bien envisagée, avant même son exécution. La logique contractuelle va demeurer au-delà de la phase précontractuelle. En effet, le référé contractuel va lui aussi être ouvert car l'article L. 551-13 du code de justice administrative³⁵ qui le régit fait de l'article L. 551-1 du code de justice administrative le référentiel des situations dans lesquelles il peut s'appliquer. Malgré son institutionnalisation au travers de sa conclusion, le contrat pourra donc toujours être contesté au regard des obligations de publicité et de concurrence. Ce référé peut aboutir à l'annulation de la passation du contrat.

Dans cette logique, l'ensemble du contentieux de la passation du contrat sera ouvert, cela concernera tant les tiers concurrents évincés³⁶, que tous tiers ayant un intérêt à agir³⁷. Il en est de même de la possibilité de contester les clauses réglementaires du contrat³⁸. Dans le cadre de ces recours, le juge administratif pourra exceptionnellement annuler le contrat. Par

³⁵ Article L. 551-13 : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section. »

³⁶ CE Ass. 16 juillet 2007, *Tropic*, req. n° 291545.

³⁷ CE 4 avril 2014, *Département du Tarn et Garonne*, req. n° 358994.

³⁸ CE Ass. 10 juillet 1996, *Cayzelle*, req. n° 138536.

³¹ Code du commerce, articles L. 225-129, al. 1^{er}, et L. 225-149-3, al. 2.

³² La DSP est marquée par le transfert d'une part significative du risque économique qui est lié au mode de rémunération du délégataire. Voir en ce sens, CE 7 novembre 2008, *Département de Vendée*, req. n° 291794.

³³ Cass. (ch. crim.) 16 février 1971 : *Bull. crim.* n° 53, p. 133.

³⁴ CE S. 7 novembre 1958, *Société Électricité et eaux de Madagascar et territoire de Madagascar c/ Sieur Nicola* : *Rec.*, p. 530, concl. Heumann.

Chronique

conséquent, les SEMOU ont une durée déterminée à la condition *sine qua non* de respecter la légalité.

Le caractère de société de droit privé tend à se diluer au profit de celui de contrat public. En témoigne le fait que la création d'une société anonyme, certes par un contrat³⁹ n'est pas en principe soumise au droit de la concurrence, ni au recours devant le juge administratif.

Toutefois, il ne s'agit pas d'un contrat de partenariat classique car le contentieux de l'exécution inter-partes semble limité. En effet, il est problématique qu'un actionnaire puisse attaquer un autre actionnaire dans le cadre de l'exécution commune du contrat. Cette limite au contentieux contractuel a pour conséquence que l'attributaire public soit dépourvu de la possibilité de mettre en cause son partenaire dans le cadre de la mauvaise exécution de l'objet contractuel desdits SEMOU, au nom de la fiction juridique selon laquelle il y a un unique exécutant. La personne publique est un attributaire particulier car elle participe aussi à l'exécution du contrat.

³⁹ Article 1832 alinéa 1 du code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

A contrario, en cas de préjudices causés dans le cadre de l'exécution du contrat de partenariat institutionnalisé, la question est posée de savoir si un tiers usager ou une victime de l'exécution dudit contrat pourra agir selon les modalités prévues par le contentieux de la responsabilité administrative. La réponse est positive au nom de la composable contractuelle des SEMOU.

De cette complexité amplifiée par les voies de droit, il faut en déduire que le législateur crée un procédé qui est un nouveau type de contrat de partenariat public-privé pouvant être aussi qualifié de contrat public *sui generis*, *sui generis* en raison de son lien avec le droit des sociétés.

Conclusion

En dépit de leurs caractéristiques « janusiennes » alliant droit des sociétés et droits des contrats publics, les SEMOU apparaissent comme les contrats de partenariats institutionnalisés. Ces partenariats posent de réelles questions du point de vue constitutionnel car leurs limites habituelles sont absentes. Il s'agit d'un type de contrat de partenariat public-privé, à tort, non limité. Le processus d'institutionnalisation permet de contourner les limites classiques du contrat de partenariat, ce

contournement explique les doutes sur sa constitutionnalité.

Sur le plan pratique, l'apparition de ces partenariats correspond à l'émergence d'un mécanisme pragmatique, qui répond à la réduction des budgets des collectivités ; d'où des capitaux privés possiblement majoritaires. Cette caractéristique a des effets négatifs, comme la possible perte de maîtrise publique de ces partenariats. De plus, la personne publique peut être amenée à conserver une part importante des risques et semble être dans l'impossibilité de mettre en cause la personne privée dans le cadre de l'exécution du contrat.

Toutefois, la nécessité pour les collectivités de recourir à des fonds privés confère à ce mode d'action des perspectives non négligeables. ■

Romain MAINNEVRET
Doctorant-ATER, Faculté de Droit
et Science Politique de Reims