

## 2038 Les conséquences de la loi NOTRe sur l'actionnariat des départements

### Premier bilan et perspectives

Étude rédigée par :

Alexandre LABETOULE,

avocat associé, CLL Avocats

et :

Gaëlle BENOIT,

avocate à la Cour, CLL Avocats

**La suppression de la clause générale de compétence des départements, ainsi que le resserrement de leurs missions autour de la solidarité sociale et territoriale opérés par la loi NOTRe sont susceptibles d'entraîner des conséquences importantes sur l'actionnariat détenu par ces collectivités. En pratique, il n'est toutefois pas aisé d'identifier les sociétés concernées par l'obligation de cession de parts sociales, en tout ou partie, par les départements. Tel est d'autant le cas que la jurisprudence relative à l'adéquation entre les compétences d'une collectivité publique et l'objet social d'une entreprise dont elle est actionnaire, qui s'est enrichie récemment d'une série de quinze arrêts lus le 4 octobre 2016 par la cour administrative d'appel de Lyon, n'est pas fixée.**

I - La loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, dite loi NOTRe, a procédé à la suppression de la clause générale de compétence des départements<sup>1</sup>, dont les missions sont désormais articulées autour des thèmes de la solidarité sociale et territoriale<sup>2</sup>. Or, conformément aux dispositions de l'article L. 3231-6 du Code général des collectivités territoriales (CGCT)<sup>3</sup>, les départements ne sauraient en principe participer au capital de sociétés commerciales ayant un objet social ne se rattachant ni à un service public relevant de leur compétence, ni à une activité d'intérêt général. En d'autres termes, un département ne peut détenir des actions au sein du capital d'une société qu'à la condition que l'objet de celle-ci soit en lien avec l'une de ses compétences. Si la clause générale de compétence offrait, sous réserve de l'existence d'un inté-

rêt local<sup>4</sup>, une certaine souplesse au département en matière d'actionnariat, cette période est désormais révolue. Ainsi, la réforme opérée par la loi NOTRe a pour effet de contraindre les départements à se séparer des actions qu'ils détenaient au sein de certaines sociétés. Cependant, afin d'éviter que cette réforme ne produise des effets drastiques, le législateur a entendu limiter les conséquences de cette loi sur l'actionnariat des départements, en insérant dans son article 133 VII<sup>5</sup> un dispositif leur permettant de conserver des parts au sein du capital de sociétés d'économie mixte (SEM) ou de sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), à la condition d'en céder plus des deux tiers à la collectivité désormais compétente dans le domaine d'intervention de la société.

La mise en œuvre de ce dispositif – et plus largement de l'obligation de cession de parts sociales – s'avère néanmoins assez délicate. Outre la réticence de certains départements à « céder » des sociétés

1. Plus précisément, il résulte désormais des dispositions de l'article L. 3211-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) que le département ne peut intervenir que « dans les domaines de compétence que la loi lui attribue ».

2. V. en ce sens : M. Long, *Le département après la loi NOTRe, un acte de décès non transformé* : AJDA 2015, p. 1912 ; V. Donier, *Loi NOTRe, Les solidarités territoriale et humaine* : AJCT 2015, p. 571 ; S. Defix, *La spécialisation des compétences du département* : JCP A 2015, 2275.

3. Article L. 3231-6 du CGCT : « Sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État, toutes participations dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à un but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services départementaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions analogues à celles prévues, pour les communes, par l'article L. 2253-2 (...) ».

4. CE, sect., 30 mai 1930, n° 06781, *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers* : Rec. CE 1930, p. 583 ; GAJA, 20<sup>e</sup> éd., n° 41.

5. Article 133 VII de la loi de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 dite loi NOTRe : « (...) Le département actionnaire d'une société d'économie mixte locale ou d'une société publique locale d'aménagement dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la loi attribue à un autre niveau de collectivité territoriale ou à un groupement de collectivités territoriales peut continuer à participer au capital de cette société à condition qu'il cède, dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi, à la collectivité territoriale ou au groupement de collectivités territoriales bénéficiaire de cette compétence, plus des deux tiers des actions qu'il détenait antérieurement (...) ».

dont ils étaient actionnaires de longue date (et souvent créées à leur initiative), le principe du caractère onéreux de la cession, qui nécessite un accord entre les parties<sup>6</sup>, compliquent également la réalisation de ces transferts de propriété. En effet, les communes et les régions qui ont vocation à acquérir les parts sociales cédées ne sont pas nécessairement enclines à exposer de nouvelles dépenses. De surcroît, la détermination des sociétés concernées par l'obligation de cession des actions, en totalité ou à hauteur des deux tiers au moins, n'est pas sans susciter certaines interrogations. Cela explique également que certains départements n'aient pas encore fait évoluer la composition de leur actionnariat, et ce, alors même que le délai d'un an imparti par l'article 133 VII précité de la loi NOTRe est désormais expiré<sup>7</sup>.

Afin de tenter de clarifier l'étendue de l'obligation de cession de leurs parts sociales pesant sur les départements, il convient de délimiter le champ d'application du dispositif dérogatoire prévu par l'article 133 VII de la loi NOTRe (1). Par ailleurs, s'il ne fait aucun doute que les départements doivent procéder à des cessions d'actions, en totalité ou à hauteur des deux tiers des parts sociales détenues, lorsqu'ils se voient retirer toute attribution correspondant à l'objet social, il n'est en revanche pas évident de déterminer le comportement à adopter dans l'hypothèse où ils conservent à leur échelon territorial une ou plusieurs compétences en lien avec l'activité de la société, et ce, qu'il s'agisse d'une société publique locale (SPL) (2) ou d'une SEM (3).

## 1. Sur le caractère limitatif des types de sociétés visées par l'article 133 VII de la loi NOTRe

2 - Comme exposé ci-avant, l'article 133 VII de la loi NOTRe autorise les départements à conserver des actions au sein de SEM et de SPLA dont l'objet social ne se rattache plus à leurs compétences, à la condition de céder au moins les deux tiers des parts sociales qu'ils détenaient<sup>8</sup> à une collectivité territoriale compétente. Cette faculté n'est en revanche pas prévue pour les SPL. Or, les SPL constituant une catégorie de SPL à objet spécialisé, il est loisible de se demander *a priori* si le silence de l'article 133 VII sur ce type de société ne résulterait pas d'une erreur de plume. Ce sentiment se trouve renforcé par la circonstance que le régime juridique des SPL est en grande partie calqué sur celui des SEM, de sorte que l'on saisit mal, sur un plan strictement juridique, les motifs qui auraient pu conduire le législateur à ne pas étendre aux SPL le dispositif prévu pour les SEM et les SPLA. L'examen des travaux parlementaires relatifs à la loi NOTRe conduit cependant à écarter l'hypothèse d'un simple oubli du législateur. Il en ressort en effet que si les SPL avaient initialement été incluses dans le champ du dispositif prévu à l'article 133 VII, elles en ont ensuite été volontairement exclues. Ainsi, bien que le motif de cette

exclusion soit relativement ambigu<sup>9</sup>, il est manifeste que l'article 133 VII n'a pas vocation à s'appliquer aux SPL. L'instruction du gouvernement visant à expliciter les conséquences de la loi NOTRe sur la répartition des compétences entre les différentes collectivités territoriales confirme d'ailleurs pleinement cette analyse<sup>10</sup>.

Cela signifie qu'un département ayant décidé de participer au capital social d'une SPL sur le seul fondement de sa clause générale de compétence ou dans le cadre d'une compétence qui lui a été retirée par la loi NOTRe sera en principe dans l'obligation de se séparer de l'intégralité des actions, alors qu'il pourra en conserver une partie si la société est constituée sous forme d'une SPLA ou d'une SEM. Reste à vérifier si cette solution trouve à s'appliquer en toute hypothèse, c'est-à-dire y compris lorsque le transfert de compétence n'affecte qu'une partie de l'objet social.

## 2. Sur les conséquences d'un transfert de compétence n'affectant qu'une partie de l'objet d'une SPL dont le département est actionnaire

3 - Les articles L. 1521-1<sup>11</sup> et L. 1531-1<sup>12</sup> du CGCT, régissant respectivement la création des SEM et des SPL par les collectivités territoriales, disposent expressément que ces dernières peuvent participer à leur capital social uniquement dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues par la loi. Ainsi, ces dispositions ne permettent pas de déterminer si lesdites compétences doivent recouvrir en totalité ou seulement partiellement l'objet de la société. Plusieurs juridictions du fond ont été amenées à se prononcer sur cette problématique, essentiellement dans le cadre de déférés préfectoraux formés à l'encontre de délibérations autorisant la création de SPL. Force est toutefois de constater que les solutions adoptées par les juges ne sont pas homogènes.

Le juge des référés du tribunal administratif de Lille, par une ordonnance en date du 29 mars 2012,<sup>13</sup> puis le tribunal administratif

6. V. en ce sens : l'instruction du Gouvernement relative à la nouvelle répartition des compétences en matière d'interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements issue de l'application de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe), 22 déc. 2015, p. 28.

7. L'entrée en vigueur de la loi NOTRe étant intervenue le 8 août 2015, ce délai est expiré depuis le 8 août 2016.

8. Article 133 VII de la loi de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 dite loi NOTRe : « (...) Le département actionnaire d'une société d'économie mixte locale ou d'une société publique locale d'aménagement dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la loi attribue à un autre niveau de collectivité territoriale ou à un groupement de collectivités territoriales peut continuer à participer au capital de cette société à condition qu'il cède, dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi, à la collectivité territoriale ou au groupement de collectivités territoriales bénéficiaire de cette compétence, plus des deux tiers des actions qu'il détenait antérieurement (...) ».

9. Lors des débats parlementaires, l'exclusion des SPL du dispositif prévu à l'article 133 VII du texte final de la loi NOTRe a été décidée pour le motif suivant : « il n'est pas justifié de prendre en compte les sociétés publiques locales dans leur ensemble », sans autre explication (compte rendu intégral des débats de la séance du Sénat du 29 mai 2015, examen de l'article 37 du projet de loi NOTRe).

10. Instruction du Gouvernement relative à la nouvelle répartition des compétences en matière d'interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements issue de l'application de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe), 22 déc. 2015, p. 28.

11. Article L. 1521-1 du CGCT : « Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ; lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. (...) ».

12. Article L. 1531-1 du 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 totalité du capital. Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres (...) ».

13. TA Lille, ord., 29 mars 2012, n° 1201729, Communauté de communes Sambre Avesnois ; W. Zimmer, *Compétence des collectivités territoriales ou de leur*

de Clermont-Ferrand<sup>14</sup>, par des jugements lus les 1<sup>er</sup> juillet 2014 et 10 mars 2015, ont adopté une position relativement souple. Plus précisément, ils ont estimé qu'il n'était pas nécessaire que chacune des personnes publiques associées au sein d'une SPL soit compétente pour l'ensemble de l'objet social. Ces juridictions ont ainsi considéré comme suffisant le fait, pour chaque collectivité, de disposer d'au moins une compétence exercée par la société. Cette solution se justifie par des considérations de pragmatisme visant à ne pas entraver excessivement la constitution des SPL. Ainsi, elle permet notamment à une commune de créer une société aux côtés d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) dont elle est membre, dès lors que l'objet de la SPL recouvre des compétences connexes exercées par l'une et l'autre. À titre d'illustration, dans l'affaire dont elle était saisie, la juridiction lilloise a validé la constitution d'une SPL agissant dans le domaine des transports et ayant pour actionnaire, d'une part, un syndicat mixte compétent en matière de transports « hors mobilités douces » et, d'autre part, une communauté d'agglomération adhérente à ce syndicat mixte qui avait conservé la compétence relative aux mobilités douces.

À l'inverse, par un jugement du 11 avril 2013, le tribunal administratif de Rennes<sup>15</sup> a considéré que chaque collectivité territoriale actionnaire d'une SPL devait détenir l'intégralité des compétences constituant l'objet social. En pratique, il s'agissait ici de limiter la tentation pour certaines collectivités publiques de s'immiscer, par le biais de la création d'une SPL, dans l'exercice de compétences qu'elles auraient déléguées à un EPCI. Ce jugement a été confirmé le 19 septembre 2014 par la cour administrative d'appel de Nantes<sup>16</sup> qui a donc été la première juridiction d'appel à statuer sur cette problématique. Si elle constitue *a priori* la solution plus orthodoxe sur le plan juridique, la position adoptée par la cour administrative d'appel de Nantes ne correspond toutefois pas à l'usage des SPL qui s'est développé au sein des collectivités territoriales<sup>17</sup> puisqu'elle revient à prohiber la participation d'une commune à une SPL aux côtés d'un EPCI dont elle est membre. Cette difficulté se pose avec une acuité particulière depuis l'intervention de la loi NOTRe. L'application de cette jurisprudence aurait ainsi pour conséquence de compliquer très fortement la création de SPL entre collectivités publiques de différents niveaux. En effet, depuis la suppression de la clause générale de compétence pour les départements et les régions et à l'exception de certains domaines de compétences partagées<sup>18</sup>, les attributions des collectivités ne sont plus censées se recouper. On le perçoit, à raisonner ainsi, la création d'une SPL associant un département et une région deviendrait très difficile, sauf dans le cadre des compétences transversales reconnues à l'ensemble des collectivités. En définitive, l'utilisation de la SPL serait quasiment réduite à la coopération entre

collectivités territoriales de même niveau exerçant des compétences identiques, ce qui constitue une hypothèse relativement rare en pratique.

Ainsi, la jurisprudence précitée semblait partagée entre deux impératifs distincts. D'un côté, la volonté de rationaliser l'intervention des collectivités territoriales, qui milite en faveur d'une interprétation stricte des conditions de leur participation au capital de sociétés, afin d'éviter les « détournements » de compétences. De l'autre, un souci de pragmatisme autorisant une certaine souplesse dans la création des sociétés publiques – lesquelles constituent un instrument privilégié au service des politiques locales. Sous l'influence de la loi NOTRe, le premier courant jurisprudentiel aurait pour effet de réduire très fortement les possibilités pour les départements de continuer à participer à des sociétés, tandis que le second serait davantage de nature à maintenir le *statu quo ante* au sein de leur capital social.

Aux termes d'une série d'arrêts rendus le 7 octobre 2016 dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu aux jugements précités du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, la cour administrative d'appel de Lyon a tenté de concilier ces deux courants en adoptant une position nuancée<sup>19</sup>. Dans cette affaire, le préfet du Puy-de-Dôme avait déféré au juge administratif les délibérations des actionnaires d'une SEM approuvant sa transformation en SPL compétente en matière d'eau potable, d'assainissement et de traitement des déchets. La société Lyonnaise des eaux avait pour sa part attaqué la délibération du conseil général du Puy-de-Dôme, également actionnaire, ayant le même objet. La solution adoptée par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand ne lui ayant pas donné satisfaction, le préfet avait interjeté appel, imité par la société Lyonnaise des eaux et l'un des EPCI actionnaire de la société. Statuant en formation plénière, la cour administrative d'appel de Lyon a affirmé qu'une collectivité territoriale ou un EPCI ne pouvait « être membre d'une société publique locale dont la partie prépondérante des missions outrepasserait son domaine de compétence ». Après s'être livrée à une comparaison de l'objet de la SPL avec les compétences de chacun de ses actionnaires, elle a prononcé l'annulation des jugements qui lui étaient déférés ainsi que celle de l'ensemble des délibérations litigieuses approuvant la transformation de la SEM en SPL. À première analyse, le principe énoncé par ces arrêts semble relativement équilibré. Il constitue en effet une solution médiane entre la position très ouverte retenue par les premiers juges et la rigueur de l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Nantes. Pour autant, au-delà du principe, son application à certains cas d'espèce objet de cette série d'arrêts traduit néanmoins une certaine sévérité. En effet, si la majorité des collectivités publiques actionnaires de la SPL n'exerçaient que l'une des missions figurant dans son objet social<sup>20</sup>, deux EPCI étaient compétents à la fois en matière d'eau potable et d'assainissement non collectif, ce qui aurait pu conduire à les regarder comme bénéficiant d'attributions suffisantes. Cela étant, dans cette affaire, le caractère très étendu de l'objet

groupement pour devenir actionnaires d'une SPL : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 196 ; S. Dyens, note : AJCT 2012, p. 496.

14. TA Clermont-Ferrand, 10 mars 2015, n° 1400480, Préfet du Puy-de-Dôme, cité in : AJCT 2015, p. 274, note C. Devès ; TA Clermont-Ferrand, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 1301728, Préfet du Puy-de-Dôme.
15. TA Rennes, 11 avr. 2013, n° 1203243, Préfet des Côtes-d'Armor : AJCT 2013, p. 571, note C. Devès ; concl. P. Bonneville, Les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ne peuvent faire faire à une société publique locale ce qu'elles ne sont pas compétentes pour faire elles-mêmes : JCP A 2013, 2164.
16. CAA Nantes, 19 sept. 2014, n° 13NT01683, Syndicat intercommunal de la Baie : JurisData n° 2014-028744 ; C. Devès, Stop aux sociétés publiques locales « invasives » : AJCT 2014, p. 611.
17. V. en ce sens à propos des SPL agissant dans le domaine des transports : A. Ramel, A. Aderno, L'exploitation des services de transport et la loi NOTRe : JCP A 2016, 2298.
18. Article L. 1111-4 du CGCT : « Les compétences en matière de culture, de sport, de tourisme, de promotion des langues régionales et d'éducation populaire sont partagées entre les communes, les départements, les régions et les collectivités à statut particulier (...) ».

19. CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 14LY02753, SMDAC ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 14LY02728, Préfet du Puy-de-Dôme : JurisData n° 2016-020178 ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01281, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01347, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 14LY02730, Préfet du Puy-de-Dôme : JurisData n° 2016-027372 ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01314, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01280, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01309, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 14LY02729, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01312, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 14LY02731, Préfet du Puy-de-Dôme : JurisData n° 2016-028456 ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01355, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY013936, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01343, Préfet du Puy-de-Dôme ; CAA Lyon, 4 oct. 2016, n° 15LY01099, SA Lyonnaise des eaux France : JurisData n° 2016-020265.

20. L'essentiel des actionnaires de la société projetée étaient des EPCI compétents soit en matière de traitement des déchets, soit en matière d'abduction d'eau potable, soit en matière d'assainissement.

de la SPL ne facilitait pas l'identification de compétences communes à ses actionnaires, de sorte que la mise en œuvre du critère énoncé par la cour administrative d'appel de Lyon pourrait donner lieu à des solutions plus ouvertes à propos de sociétés ayant un objet plus limité ou des actionnaires moins disparates.

Quoi qu'il en soit, cette délicate question sera véritablement tranchée lorsque le Conseil d'État aura eu l'occasion de se prononcer. On le perçoit, dans le cadre de l'application de la loi NOTRe, l'aléa juridique résultant de la dispersion de la jurisprudence – qui ne porte de surcroît actuellement que sur des SPL nouvellement créées et non déjà existantes<sup>21</sup> – complique considérablement l'identification des SPL, au sein desquelles les départements détiennent des participations, concernées par l'obligation de cession de l'intégralité de ses actions. Tel est malheureusement également le cas s'agissant des sociétés visées par l'article 133 VII précité de la loi NOTRe, puisqu'il existe une incertitude sur le caractère transposable de la jurisprudence précitée, qui concerne exclusivement les SPL, à d'autres types de sociétés à capitaux publics. Plus précisément, si ces arrêts devaient, en toute logique, avoir vocation à s'appliquer également aux SPLA qui constituent une catégorie de SPL, cela est moins certain concernant les SEM.

### 3. Sur le caractère incertain des conséquences d'un transfert de compétence n'affectant qu'une partie de l'objet d'une SEM dont le département est actionnaire

4 - Bien que la SEM constitue la forme sociale la plus ancienne (et la plus représentée auprès des collectivités territoriales), force est de constater que la jurisprudence relative à l'adéquation entre l'objet d'une SEM et les compétences de ses actionnaires publics est extrêmement limitée. En réalité, alors que certains préfets n'ont pas hésité à faire usage de leur déferé à propos de la création de SPL, il semble que leur appréciation ait été beaucoup plus libérale en matière de SEM, ce qui explique la quasi-absence de contentieux. Dans un commentaire relatif au jugement précité du tribunal administratif de Rennes, la doctrine autorisée relève ainsi que cette problématique « n'a jamais constitué la moindre difficulté s'agissant des SEM locales » tout en indiquant, de manière assez contradictoire, qu'un texte était nécessaire pour permettre à une collectivité ayant perdu la compétence faisant l'objet d'une SEM de continuer à y participer<sup>22</sup>. Il est vrai que l'une des rares décisions accessible concernant les SEM s'inscrit dans la tendance libérale de la jurisprudence précitée relative aux SPL. Plus précisément, par un jugement du 12 octobre 1993, le tribunal administratif de Versailles avait validé la création d'une SEM par une commune en considérant que, si son objet concernait des compétences transférées par la commune à un syndicat d'aménagement d'une agglomération nouvelle, il était nécessaire que ce dernier participe éga-

lement à la société<sup>23</sup>. En d'autres termes, la circonstance que la commune ait transféré à un EPCI la compétence constituant l'objet de la SEM ne faisait pas obstacle à ce qu'elle y participe, dès lors que l'EPCI y était également associé, et que « l'objet de cette société s'inscrit [vait] dans le cadre des compétences (...) rest[ant] dévolues à ladite commune ». Selon cette même logique de liberté offerte aux collectivités publiques, une réponse ministérielle de 1990 avait estimé qu'une commune pouvait participer à la création d'une SEM d'aménagement en dépit de l'existence d'un syndicat d'aménagement, « à condition bien entendu que la création de la SEM ne soit pas pour certaines communes un moyen détourné de contourner la dévolution de compétences opérée au profit de l'établissement de coopération intercommunale »<sup>24</sup>.

Il s'agit cependant de solutions anciennes dont il n'est pas certain qu'elles conservent leur actualité. Il serait en effet concevable de faire application aux SEM des arrêts précités rendus par la cour administrative d'appel de Lyon concernant les SPL. En effet, le seul argument pouvant *a priori* justifier que les collectivités publiques soient plus aisément en mesure de créer une SEM qu'une SPL tiendrait au risque moins élevé de détournement de compétence puisqu'à la différence de la SEM, la SPL ne comporte que des actionnaires publics et ne peut agir que pour le compte de ses membres. Cette considération ne nous paraît toutefois pas décisive. Au contraire, dans la mesure où le régime juridique des secondes est en grande partie calqué sur celui des premières<sup>25</sup>, il nous semble qu'il n'existerait pas de véritable justification à opérer un traitement différent pour les SEM et les SPL s'agissant de la compétence de leurs actionnaires publics.

Pour autant, les départements désireux de conserver l'intégralité des participations qu'ils détiennent au sein de SEM (existantes) auront tout intérêt à soutenir que la jurisprudence relative aux SPL ne leur est pas transposable, afin de tenter d'échapper à l'obligation de cession des deux tiers au moins de leurs actions résultant de l'article 133 VII de la loi NOTRe. Il importe également de relever qu'il n'existe aucun mécanisme en droit des sociétés de nature à contraindre un département à céder des actions dont il est propriétaire, et ce, même dans l'hypothèse où ses compétences ne justifieraient plus leur détention. Cela signifie, par exemple, que la région qui se serait vue transférer la compétence constituant l'objet d'une SEM ne serait pas en mesure d'obtenir, sur le fondement du droit des sociétés, que le département procède à la cession forcée des deux tiers des actions prévue par l'article 133 VII précité de la loi NOTRe. Une situation de blocage pourrait également naître de l'absence d'accord des collectivités concernées sur le prix de cession. Dans ces conditions, à l'heure d'un premier bilan de cette réforme, les incertitudes sur l'avenir des sociétés concernées par les transferts de compétences opérés par la loi NOTRe demeurent nombreuses<sup>26</sup>.

**MOTS-CLÉS :** Interventions économiques - Actionnariat  
Interventions économiques - Département

21. L'essentiel du contentieux étant alimenté par le déferé préfectoral, le risque contentieux résultant du maintien des départements au sein du capital social de sociétés exerçant des missions sans lien avec ses compétences semble plus limité.

22. « Cela dit, cette circonstance n'a jamais posé la moindre difficulté s'agissant des SEM locales. Le législateur admet même que les communes actionnaires de SEM dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence transférée à un EPCI peuvent continuer à participer au capital de ces SEM à conditions de céder à l'EPCI plus des deux tiers des actions précédemment détenues (CGCT, art. L. 1521-1). Mais un texte est nécessaire... » (M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser, *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation* : AJDA 2013, p. 2531).

23. « Il résulte des dispositions combinées de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 fixant les conditions de création par une collectivité territoriale d'une société d'économie mixte locale et de l'article 16 de la loi n° 83-636 du 13 juillet 1983 définissant les compétences des syndicats d'agglomération nouvelle que si une commune membre d'un syndicat communautaire d'aménagement d'une agglomération nouvelle entend créer une société d'économie mixte locale, l'objet de cette société doit s'inscrire dans le cadre des compétences qui restent dévolues à ladite commune, et que, dans l'hypothèse où cet objet concernerait des compétences transférées au syndicat communautaire d'aménagement de la commune se trouve alors dans l'obligation d'associer ce syndicat à l'institution et à la gestion de la société d'économie mixte ainsi créée » (extrait mention tables : TA Versailles, 12 oct. 1993, Commune de Réau : Rec. CE 1993, tables).

24. Rép. min. n° 07848 [Marcel Vidal] : JO Sénat Q 11 janv. 1990, p. 59.

25. L'article L. 1531-1 du CGCT relatif aux SPL dispose qu'elles sont soumises aux dispositions du titre précédent, lequel est consacré aux SEM.

26. Pour une illustration : Question n° 99190 de M. Olivier Dussopt en date du 27 septembre 2016.