

Partenariats public-privé - Point d'étape sur les SEMOP - Etude par Modeste MARQUES et Philippe GONZAGUE

Contrats et Marchés publics n° 6, Juin 2016, étude 3

Point d'étape sur les SEMOP

Etude par Modeste MARQUES avocat associé cabinet d'avocats GB2A

et Philippe GONZAGUE avocat collaborateur cabinet d'avocats GB2A

[Accès au sommaire](#)

L'introduction en droit français, avec la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique^{Note 1} (SEMOP), d'un mécanisme de partenariats public-privé institutionnalisés est intervenue dans un contexte de réforme en profondeur du droit de la commande publique, initiée par les directives du 26 février 2014^{Note 2}.

1. - Alors que les premières SEMOP ont vu le jour et que cette réforme est arrivée à son terme, un point d'étape s'impose, à la fois sur la nature de ce nouvel outil et sur certaines problématiques conditionnant sa pleine efficacité.

1. Mise en œuvre et pérennisation du dispositif SEMOP

2. - Il existe à ce jour trois SEMOP en activité : Chartres métropole Eau, Doléa-Assainissement et Doléa-Eau, toutes titulaires d'un contrat de délégation de service public dans le domaine de l'eau et de l'assainissement.

3. - Par ailleurs, plusieurs projets ont été lancés, soit en envisageant directement la création d'une SEMOP, notamment en matière d'équipements aquatiques (Rillieux-la-Pape), portuaire (Barcarès, Leucate), d'aménagement (Roanne, Chatenay-Malabry), énergétique (Amiens), de gestion d'abattoirs (Ruffec, Ribérac) ou d'établissements thermaux (Laruns) et tout dernièrement en matière de gestion de l'eau à Sète, soit en évoquant la SEMOP comme une hypothèse, à nouveau dans le domaine de l'eau et de l'assainissement (Valbonne, Eurométropole de Strasbourg, Toulouse Métropole, Fécamp, Communauté d'agglomération du Grand Avignon).

4. - Par ailleurs, le dispositif SEMOP, applicable uniquement aux collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales, a rapidement intégré le corpus juridique de l'État, avec la création de la société d'économie mixte d'aménagement à opération unique, par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (« NOTRe »)^{Note 3}, et de la société d'économie mixte hydroélectrique, par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte^{Note 4}.

5. - On relèvera que cette dernière loi est par ailleurs venue permettre aux collectivités territoriales de participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la

production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire^{Note 5}.

2. Mise au point sur la nature de la SEMOP

A. - Un outil

6. - La SEMOP n'est pas un contrat. Il s'agit d'une société anonyme, d'un véhicule s'apparentant à une société de projet dédiée à une opération. Il s'agit en outre d'un nouveau type de société d'économie mixte locale (SEML), permettant, à la différence de ces dernières, un actionariat privé majoritaire ou minoritaire, la collectivité territoriale devant détenir, en vertu des dispositions de l'article L. 1541-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), entre 34 % et 85 % du capital de la société, la part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne pouvant être inférieure à 15 %.

7. - Son régime juridique est donc déterminé par trois niveaux de dispositions : les plus particulières lui sont propres et figurent aux articles L. 1541-1 à L. 1541-3 du CGCT ; viennent ensuite les dispositions plus générales propres aux SEML, figurant aux articles L. 1521-1 et suivants du même code. Elle répond enfin au droit commun des sociétés anonymes, figurant au sein du Code de commerce.

8. - La SEMOP est cependant plus qu'une simple SEML particulière, puisque la procédure conduisant à sa création permet à la fois, par un « unique appel public à concurrence », de lui attribuer un contrat de la commande publique, selon la procédure propre à chaque type de contrat (en l'état : délégations de service public, concessions de travaux, concessions d'aménagement, marchés publics) (CGCT, art. L. 1541-2, I), et de sélectionner les opérateurs qui en seront les actionnaires.

9. - Elle est donc un outil supplémentaire mis à la disposition des collectivités territoriales pour la mise en œuvre de leurs compétences et la réalisation de leurs projets.

B. - Une forme particulière de partenariat public-privé (PPP)

10. - L'outil ainsi créé a vocation à faire converger plus intimement les intérêts publics et privés, par leur association à la fois au sein d'un contrat et dans la société qui sera chargée d'exécuter ce contrat en sa qualité de titulaire dudit contrat^{Note 6}.

11. - Il s'agit dès lors d'une forme particulière de partenariat entre les secteurs public et privé, se différenciant, d'une part, de la simple passation d'un contrat de la commande publique, par la présence de la personne publique au sein de la structure titulaire et, d'autre part, de l'attribution d'un contrat à une SEML dont la collectivité serait actionnaire, par la possibilité de rendre le secteur privé majoritaire et par le caractère unique de l'opération pouvant être confiée à la société.

12. - La SEMOP bénéficie des atouts classiques propres à ce mode de réalisation des projets publics, notamment en termes de financement, et peut permettre de rendre plus « admissible » le recours au PPP pour les collectivités, du fait en particulier de leur qualité de coactionnaire du titulaire et de cocontractant qui leur offre un panel élargi d'outils de contrôle du suivi du projet.

13. - La SEMOP constitue ainsi une alternative crédible et acceptable à la mise en régie d'un certain nombre de services publics, notamment s'agissant du domaine de l'eau, et préserve la possibilité pour les collectivités de poursuivre l'externalisation de leur gestion afin de bénéficier de l'expertise du secteur privé.

14. - La SEMOP intègre désormais la gamme des instruments auxquels les décideurs locaux peuvent recourir, sous réserve que des réponses soient apportées à certaines problématiques.

3. Mise à jour des problématiques liées à la SEMOP

A. - SEMOP et marchés de partenariat

15. - L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics^{Note 7}, en réintégrant les contrats de partenariat dans la catégorie des marchés publics, ouvre en théorie la possibilité aux collectivités territoriales de conclure le nouveau « marché de partenariat » avec une SEMOP.

16. - On relèvera à cet égard une difficulté potentielle d'application dès lors que le dispositif propre aux SEMOP permet un actionnariat public majoritaire, alors que les dispositions de l'ordonnance prévoient que le concours des collectivités territoriales au financement des investissements dans le cadre d'un marché de partenariat peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet^{Note 8}.

B. - SEMOP et groupements de commandes

17. - L'ordonnance du 23 juillet 2015 confirme la possibilité de constituer des groupements de commandes entre des acheteurs « *afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics* »^{Note 9}. L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession innove en ouvrant cette possibilité également aux autorités concédantes, « *afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession* »^{Note 10}.

18. - Dans les deux cas, ces groupements de commandes peuvent inclure une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs ou des autorités concédantes.

19. - L'articulation de ces dispositions avec les règles relatives aux SEMOP suppose d'abord de régler, dans le cadre de la convention constitutive du groupement, la question spécifique de l'entrée dans le capital de la SEMOP, au terme de la procédure de mise en concurrence, des membres du groupement de commandes. La question de la gouvernance au sein de la SEMOP doit à ce titre également être anticipée.

20. - La question de la possibilité même d'inclure des personnes morales de droit privé dans un groupement de commandes destiné à attribuer un contrat à une SEMOP se pose, dès lors que les dispositions des articles L. 1541-1 du CGCT semblent uniquement permettre la présence au capital d'une SEMOP, outre la collectivité territoriale, des candidats sélectionnés au terme de la procédure de mise en concurrence.

21. - À supposer qu'une telle situation se présente, la question de la comptabilisation des parts du capital social, au sein de la SEMOP, des personnes morales de droit privé incluses dans un groupement de commandes s'avèrera également délicate, dès lors qu'elles ne sauraient être considérées comme ayant la qualité d'actionnaires opérateurs économiques et que leur présence au sein du groupement de commandes ne saurait leur conférer la qualité de collectivité territoriale.

C. - SEMOP et sous-contrats

22. - Dans ses conclusions sous l'arrêt *Acoset* de la Cour de justice des communautés européennes du 15 octobre 2009^{Note 11}, l'avocat général avait notamment souligné, au point 65, que, dans le cadre des partenariats public-privé institutionnalisés, « matériellement » l'activité est exercée par l'associé privé, cela expliquant d'ailleurs que « le représentant d'Acoset SpA ait précisé à l'audience qu'en réalité l'associé privé fournit ses services à l'entité d'économie mixte ».

23. - La problématique de la conclusion par la SEMOP des sous-contrats pour la réalisation de l'opération était ainsi déjà envisagée : société de projet, elle doit contracter avec ses actionnaires privés pour mettre en œuvre sa mission. Or, cette contractualisation peut être compliquée par sa qualité de pouvoir adjudicateur, résultant initialement de l'ordonnance du 6 juin 2005^{Note 12}, confirmée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et même étendue par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession qui fait des SEML et des SEMOP des autorités concédantes.

24. - Dès lors, il paraît indispensable que les sous-contrats soient intégrés dans l'offre des candidats, étant précisé que ces contrats ne devraient pas pouvoir échapper à la qualification de conventions réglementées et qu'il conviendra dès lors de sécuriser en conséquence l'entrée en vigueur du contrat de tête attribué à la SEMOP, notamment par l'intermédiaire du pacte d'actionnaires.

D. - Modification de l'actionnariat de la SEMOP en cours d'exécution

25. - Les règles applicables en matière de modification des contrats en cours d'exécution sont désormais précisément définies et permettent notamment le recours à des clauses de réexamen ou d'options, sous réserve qu'elles soient « claires, précises et sans équivoque »^{Note 13}. On relèvera également, dans le cas spécifique des marchés de partenariat, que ces contrats doivent désormais fixer les conditions dans lesquelles l'actionnariat du titulaire, lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet, peut être modifié, et prévoir notamment les modalités d'information de l'acheteur et, le cas échéant, les modalités de partage de la plus-value de cession des titres^{Note 14}.

26. - Le régime juridique spécifique des SEMOP suppose néanmoins une certaine vigilance afin d'éviter qu'une modification de l'actionnariat en cours d'exécution du contrat soit susceptible d'être analysée comme constituant une remise en cause des conditions initiales de mise en concurrence.

27. - En effet, les caractéristiques sociales de la future société sont définies dès l'avis d'appel public à concurrence dans le document de préfiguration et l'actionnaire opérateur est désigné au terme d'une procédure de mise en concurrence unique, dont les critères portent à la fois sur ses capacités financières et de gouvernance, c'est-à-dire sa qualité d'actionnaire, et sur ses capacités de mise en œuvre de l'opération objet du contrat, c'est-à-dire sa qualité d'opérateur.

28. - Ces éléments plaident dès lors pour que soient préservés l'identité des actionnaires opérateurs économiques, l'équilibre dans la répartition du capital social entre actionnariat public et privé, et pour que les modifications de l'actionnariat envisagées soient précisément définies dans le contrat attribué à la SEMOP, dans les statuts et dans le pacte d'actionnaires.

E. - SEMOP et financement

29. - L'optimisation de la structuration du capital des SEMOP implique d'abord que les collectivités territoriales ne cherchent pas à imposer, dès le document de préfiguration, une surcapitalisation de la future société.

30. - Elle implique ensuite, et dans le même but, qu'une certaine souplesse soit préservée dans l'articulation entre fonds propres et quasi-fonds propres, afin de laisser aux candidats la latitude appropriée pour proposer la structuration la plus adaptée à chaque projet, selon les risques qu'il comporte.

31. - La question de l'optimisation est également liée aux enjeux de déconsolidation pour certains actionnaires opérateurs économiques, qui s'attacheront dès lors à ce que la société ne puisse pas être considérée comme étant sous leur contrôle ou sous leur influence, et accorderont à cet effet une attention toute particulière non seulement à la question de la part de capital détenue et des droits de vote mais également à la question de la gouvernance de la société, du partage des risques et profits et des sous-contrats.

32. - Cet enjeu pose enfin la question de la possibilité de la présence au sein du capital de la SEMOP d'investisseurs non mis en concurrence (c'est-à-dire non candidats aux côtés d'un opérateur), présence qui pourrait le cas échéant être justifiée par la nature strictement financière de la prestation fournie, et à ce titre exclue de toute mise en concurrence en application des nouvelles ordonnances^{Note 15}.

F. - SEMOP et rôle des collectivités territoriales

33. - Il apparaît qu'une mise en œuvre optimale du nouvel outil de PPP que constitue la SEMOP passe également par une sensibilisation des collectivités territoriales à la spécificité de leur positionnement, à la fois maître d'ouvrage ou concédant et actionnaire de la structure titulaire du contrat. Cela implique, en cohérence avec la logique de convergence des intérêts publics et privés, que les contrats confiés aux SEMOP présentent un certain équilibre pour ce qui concerne notamment les pénalités, les redevances ou encore les modalités de résiliation.

.. Encyclopédies : Contrats et Marchés publics, Fasc. 646

Note 1 L. n° 2014-744, 1er juill. 2014 : JO 2 juill. 2014, p. 10897, texte n° 3.

Note 2 PE et Cons. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 1. – PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65. – PE et Cons. UE, dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 243.

Note 3 L. n° 2015-991, 7 août 2015 : JO 8 août 2015, p. 13705.

Note 4 L. n° 2015-992, 17 août 2015 : JO 18 août 2015, p. 14263.

Note 5 L. n° 2015-992, 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, préc., art. 109.

Note 6 M. Marques, et Ph. Gonzague, Les sociétés d'économie mixte à opération unique : Dr. adm. 2014, étude 15.

Note 7 Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 relative aux marchés publics : JO 24 juill. 2015, p. 12602.

Note 8 *Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc., art. 80 III.*

Note 9 *Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc., art. 28.*

Note 10 *Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, art. 26 : JO 30 janv. 2016, texte n° 66.*

Note 11 *CJUE, 15 oct. 2009, aff. C-196/08, Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e.a. : JurisData n° 2009-016359.*

Note 12 *Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics : JO 7 juin 2005, p. 10014.*

Note 13 *Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, préc., art. 55. – D. n° 2016-86, 1er févr. 2016 relatif aux contrats de concession, art. 36 : JO 2 févr. 2016, texte n° 20. – Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc., art. 65. – D. n° 2016-360, 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 139 : JO 27 mars 2016, texte n° 28.*

Note 14 *Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc., art. 81.*

Note 15 *Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc., art. 14. – Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, préc., art. 13.*

© LexisNexis SA