



Liberté - Égalité - Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PREFET DE LA REGION GUADELOUPE
PREFET DE LA GUADELOUPE

Basse-Terre, le 7 mars 2018

DIRECTION DE LA CITOYENNETÉ

ET DE LA LÉGALITÉ

Service de la légalité et de l'appui aux collectivités

Mission ingénierie

Affaire suivie par : Anaïs Lequeux

05 90 99 38 71

collectivites-legalite@guadeloupe.pref.gouv.fr

Le préfet de la région Guadeloupe,
préfet de la Guadeloupe

à

Monsieur le président du conseil régional,
Madame la présidente du conseil départemental,
Monsieur le président de la collectivité territoriale
unique de Saint-Martin,
Mesdames et Messieurs les maires des communes de
Guadeloupe,
Mesdames et Messieurs les présidents des
établissements publics de coopération
intercommunale à fiscalité propre de Guadeloupe,

*En communication aux présidents des SEM de
Guadeloupe et de Saint-Martin,*

*En communication à Mme la préfète déléguée de
Saint-Barthélemy et de Saint-Martin et M. le sous-
préfet de l'arrondissement de Pointe-à-Pitre*

Objet : rapports des sociétés d'économies mixtes avec leurs actionnaires publics.

Réf. : DCL/SLAC/MI/AL n° 95

Les collectivités territoriales se sont inscrites depuis plusieurs années dans le mouvement de gestion externalisée d'une partie de leurs compétences, proposé par le législateur pour accompagner le développement économique des territoires, avec la création successive des sociétés d'économie mixte (SEM),

Compte tenu de la complexité de leur régime juridique, ces outils de gestion mixte -assujettis à des règles de droit privé et de droit public- nécessitent une vigilance particulière de leurs actionnaires publics pour sécuriser au plan juridique leurs interventions.

Aussi, ai-je souhaité appeler votre attention sur les règles entourant les relations entre les collectivités et les SEM dont elles sont membres au regard du droit de la commande publique (II), et les obligations des SEM vis à vis du représentant de l'État (I).

I.

En premier lieu, je vous rappelle qu'en application des dispositions de l'article L. 1524-1 du code général des collectivités territoriales, les comptes annuels, le rapport du commissaire aux comptes ainsi que les délibérations du conseil d'administration et de l'assemblée générale accompagnées des rapports établis en vue de leur adoption, notamment, doivent obligatoirement être transmis au représentant de l'État dans les quinze jours suivant leur adoption.

En application de ces mêmes dispositions, les projets de modifications portant sur l'objet social de la société, la composition du capital, ou les structures des organes dirigeants sont annexés à la délibération préalable de l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement actionnaire. Cette délibération est transmise au représentant de l'État et soumise au contrôle de légalité.

Pour permettre ce contrôle, les collectivités sont tenues d'accompagner la transmission des actes soumis à cette obligation de pièces annexes nécessaires pour en apprécier la portée et la légalité. A défaut, le préfet peut demander la transmission de ces pièces dans le délai de deux mois suivant la réception de l'acte. Cette demande interrompt le délai de recours contentieux.

II.

En second lieu, les collectivités territoriales et leur groupement ne peuvent pas conclure de contrat de quasi-régie (in house) avec les SEM dont elles sont membres.

Trois conditions cumulatives sont nécessaires à la reconnaissance d'une relation de quasi-régie :

- le contrôle exercé par le ou les pouvoirs adjudicateurs sur le ou leur cocontractant doit être comparable à celui qu'il(s) exerce(nt) respectivement sur leurs propres services ;
- l'activité du cocontractant doit être principalement consacrée à ce(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) ;
- la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés.

Une participation privée au capital du cocontractant exclut donc, en principe, toute relation de quasi-régie. Il existe toutefois une exception à cette dernière condition, les participations de capitaux privés pourront être admises dès lors que les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- Les capitaux privés ne doivent conférer aucune capacité de contrôle ou de blocage des décisions de l'entité ;
- Ces formes de participations de capitaux privés sont requises par une législation nationale ;

Cette exception est très encadrée et la constitution de la société contrôlée (sous la forme d'une société d'économie mixte (SEM) par exemple), ne suffit cependant pas à considérer que la loi requiert que son capital soit mixte.

En effet, rien n'impose le choix de ce type de structure. La présence de participations privées au capital n'apparaît ainsi pas requise par la loi elle-même mais imposée par le choix d'une forme de société particulière.

La situation des SEM ne peut ainsi être assimilée à celle d'organismes publics à adhésion obligatoire avec participation d'opérateurs économiques privés spécifiques requise par la loi elle-même, cas que vise l'exception dont il s'agit, permettant l'existence d'une situation en quasi-régie avec ses actionnaires.

De même, une SEML a la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et celle d'autorité concédante au sens de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Elle doit donc toujours, lorsqu'elle passe des contrats répondant à la définition d'un marché public ou d'une concession, appliquer les règles de commande publique correspondantes.

Tels sont les éléments sur lesquels il me semblait utile d'appeler votre attention.

Vous pourrez retrouver ces éléments d'information sur site internet de la préfecture. Vous pouvez également adresser toute question ou demande de conseil à mes services via l'adresse :

collectivites-legalite@guadeloupe.pref.gouv.fr

Pour le préfet et par délégation,
La Secrétaire Générale



Virginie KLES

Éric MAIRE