



Lettre d'information N°33 - Décembre 2015

Un nouvel outil des partenariats public-privé : la SEMOp

Le nombre de Sociétés d'économie mixte (SEM) s'est considérablement amplifié en France avec les différentes lois de décentralisation. Aujourd'hui le contenu et la gestion des services publics sont en pleine évolution. Les acteurs publics cherchent à restreindre leurs dépenses et à trouver d'autres voies de coopération avec le secteur privé tout en assurant des activités d'intérêt général. Ainsi est née la SEMOp.

Le droit communautaire à l'origine de la société d'économie mixte à opération unique

La Commission européenne (communication du 5 février 2008) puis la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 15 octobre 2009, ACOSET SpA) ont ainsi admis le principe de créer des SEM dont la particularité tient au fait que leur partenaire privé est choisi après une procédure transparente et concurrentielle. Ce type de SEM est déjà fortement présent dans plusieurs pays européens (Allemagne, Espagne, Italie...), notamment dans les transports, les déchets ou l'eau.

Le Conseil d'État, dans son avis du 1^{er} décembre 2009, a ensuite considéré la société d'économie mixte classique comme inappropriée, tout en admettant la constitution d'une société dédiée constituée entre la personne publique et l'opérateur choisi selon une procédure de mise en concurrence.

Cela a conduit le Parlement à légiférer pour créer la société d'économie mixte à opération unique (SEMOp). Créée par la loi du 1^{er} Juillet 2014 (lire en note 1), la SEMOp complète la gamme des Entreprises Publiques Locales (EPL). Dans un contexte de raréfaction des ressources financières, sa vocation est de permettre des partenariats territoriaux structurants, clairement identifiés dans leur durée et leur objet.

La SEMOp devient alors un instrument de gouvernance permettant d'allier les avantages de la gestion directe, en redonnant à la collectivité la maîtrise de son service public, et les atouts de la gestion déléguée en faisant appel aux compétences et à l'innovation, après appel d'offres, d'un opérateur privé.

Dans la pratique, la SEMOp se caractérise par l'organisation d'une seule procédure de mise en concurrence, non pas pour l'attribution du contrat à une société ou un groupement, mais en amont pour le choix de l'opérateur privé qui participera à cette entité.

Dans l'esprit du législateur, les collectivités fixent le cap et maîtrisent le cours des opérations, les opérateurs privés apportent leur expertise et leur capacité d'innovation. La personne publique détient la présidence de la structure et conserve une minorité de blocage.

Cette structure a été imaginée comme une solution alternative aux contrats de partenariat.

Des atouts essentiels sont attachés à ce nouvel outil de commande publique

La SEMOp peut conclure librement des marchés avec des tiers ou encore des filiales sans être soumise à l'ordonnance du 6 Juin 2005 (relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics).

En effet, la répartition du capital et les règles essentielles de fonctionnement pourront permettre à cette structure de ne pas être considérée comme un pouvoir adjudicateur. C'est donc une forte incitation à la participation à ce partenariat pour les personnes privées. Du côté des collectivités territoriales, le fait que l'opérateur privé, alors majoritaire, supportera l'essentiel du risque économique d'une opération est un avantage intéressant.

N'étant pas considérée dans ce cas comme un pouvoir adjudicateur (« Personne Publique »), cette structure pourra alors directement contracter avec ses actionnaires privés pour l'exécution des missions de « sous-traitance » convenus initialement lors de l'appel d'offres.

Comme le rappelle Maître DEGERANDO (lire en note 2) : « la société d'économie mixte à opération unique est constituée, pour une durée limitée, à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la collectivité territoriale, ou le groupement de collectivités territoriales, dont l'objet unique est :

1/ soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement,



- 2/** soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires à la réalisation du service,
3/ soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

Cet objet social unique ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat. Le contrat peut inclure la conclusion, entre la SEMOp et la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales, d'un bail emphytéotique administratif nécessaire à la réalisation de son objet. »

Comment fonctionne la SEMOp ?

La SEMOp revêt la forme d'une société anonyme régie par le Code de commerce. Elle est composée, par dérogation à l'article L. 225-1 du code de commerce, d'au moins deux actionnaires. Elle ne peut pas prendre de participation dans des sociétés commerciales. Le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est un représentant de la collectivité territoriale, laquelle détient entre 34 % (minorité de blocage) et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. L'opérateur privé peut détenir la majorité du capital (> 51%). La SEMOp est dissoute de plein droit au terme du contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré.

En quoi ce nouvel outil juridique est-il différent du Contrat de partenariat ?

La SEMOp, placée désormais à côté du contrat de partenariat public-privé sans le supprimer (la SEMOp est un mode alternatif au contrat de partenariat et non une éventuelle modalité d'exécution de celui-ci), pourrait compléter le succès somme toute assez limité de ce dernier. Rappelons que depuis l'ordonnance du 17 Juin 2004 qui les ont créés, seulement quelques centaines de contrats de partenariat (CP) et équivalents ont été signés, à travers 200 CP stricto sensu, environ 300 BEA, 35 BEH et 12 AOT/LOA.

En effet, les collectivités territoriales, en particulier les plus modestes d'entre elles, disposent rarement des ressources internes suffisantes pour négocier ces contrats avec les grands groupes disposant de l'appui de plusieurs conseils affûtés (juridiques, techniques, économiques) : leur situation est souvent asymétrique, contrairement à celle de l'Etat ou des grandes collectivités (régions, départements et métropoles).

La SEMOp tend à corriger certains travers des CP, notamment l'absence d'accès à la gouvernance des représentants des personnes publiques pour les décisions prises par les sociétés de projet (lire en note 3), elle devrait ainsi trouver sa place dans tous les secteurs pour l'instant acquis aux CP destinés aux collectivités territoriales, tels que :

- les bâtiments : administratifs, d'enseignement, dépôts et centres techniques, centres de secours, maisons de santé...
- les équipements et aménagements urbains : éclairage public, voirie, parkings publics, signalisation tricolore, câblage en fibre optique, vidéosurveillance...
- les projets à dominante énergétique : plateformes de production et distribution d'énergie, chaufferies centrales et réseaux de chaleur, incinérateurs...
- et les opérations à caractère culturel (musées, théâtres...) et sportif (stades, salles polyvalentes multiusages, centres aquatiques...).

On peut penser également que la SEMOp est plus adaptée à des contrats de longue durée de type délégation de service public (DSP) et concession de travaux qu'à des marchés publics de travaux, et plus particulièrement lorsqu'il faut réunir certaines conditions de financement pour lesquelles la collectivité ne trouve pas de solution dans la sphère strictement publique ou bien que l'opérateur privé ne souhaite pas supporter seul la totalité des risques.

L'objet de la SEMOp étant le contrat, c'est en principe le contrat qui doit permettre son financement. Et l'exécution dudit contrat ne doit pas seulement tendre à l'équilibre mais permettre de dégager une marge permettant de prendre des décisions de mise en réserve, de réinvestissement, de distribution de dividendes, etc... comme toute société commerciale « standard » relevant du Code du Commerce le prévoit.

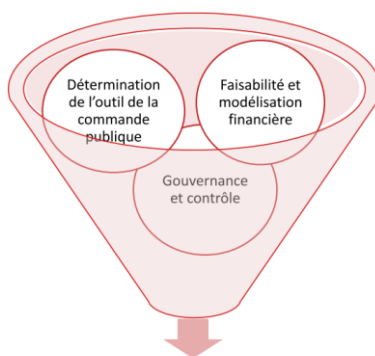


La SEMOp sera ainsi susceptible dans ce cadre de financer son objet en constituant de la dette, laquelle pourra être garantie par des mécanismes classiques et le recours aux sûretés traditionnelles offertes par le droit privé, outre la garantie de la collectivité actionnaire au contrat d'emprunt ou un apport en nature de sa part dans la SEMOp (en jouissance, en usufruit...).

Quel est le facteur-clé de réussite ?

Celui-ci réside dans la rédaction des statuts et du pacte d'actionnaires à un moment qui risque de limiter l'imagination de la collectivité, le moment de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC).

Il est dit en effet que « l'AAPC comporte un **document de préfiguration** » (lire en note N°4) constitué « des principales caractéristiques de la SEMOp » dont les statuts et le cas échéant le « pacte d'actionnaire » et du « coût prévisionnel global de l'opération pour la collectivité ».



Document de préfiguration

Rappelons qu'il est nécessaire de veiller au respect des principes de transparence et d'égalité des candidats et que cela peut limiter la négociation des clauses des statuts et du pacte d'actionnaires avec eux, notamment si la procédure choisie est celle du dialogue compétitif qui a justement pour objet de négocier le contrat. La collectivité aura grand intérêt à être conseillée dans la rédaction de l'AAPC, des statuts de la future SEMOp et de son pacte d'actionnaires, en sus de la rédaction du contrat lui-même et d'être accompagnée durant le dialogue compétitif jusqu'à la signature de celui-ci, voire durant la vie du contrat jusqu'à son échéance.

Si cette note d'information succincte éveille des attentes ou des questions au sein de votre entreprise ou de votre organisation, DCR Consultants se tient à votre disposition pour accompagner votre réflexion vers ce que le marché attend et ce qui pourrait vous être profitable.

Cordiales salutations.

Denis CHAMBRIER
Gérant & Consultant Senior
denis.chambrier@dcr-consultants.fr

Note N°1 : La SEMOp est instituée par l'article L.1541 du Code Général des Collectivités Territoriales téléchargeable en intégralité par le lien indiqué en note 4.

Note N°2 : Pour en savoir plus du côté des juristes > http://www.seban-associés.avocat.fr/wp-content/uploads/2015/08/pub_semop.pdf
et <http://bertranddegerando.com/2015/03/09/questionsreponses-sur-la-societe-deconomie-mixte-a-operation-unique-semop/>

Note N°3 : Lors de la discussion de la Loi, les débats parlementaires ont démontré une réelle attente des élus en faveur de la SEMOp. Ces derniers ont « réclamé de nouveaux instruments leur permettant de bénéficier du savoir-faire du secteur privé sans, pour autant, se passer d'une vraie maîtrise et d'un réel contrôle démocratique des conditions de fonctionnement de ces services publics locaux ».

Note N°4 : Lire les termes de l'art. 1541-2-III de la Loi > <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029175431&categorieLien=id>