

Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2020, étude 7

La création de filiales et les prises de participation par les sociétés d'économie mixte locales (SEML)

Etude par Nicolas DOURLENS avocat au Barreau de Paris - Frêche & Associés AARPI

et Flore GAUTHIER-LUCAS avocat au Barreau de Paris - Frêche & Associés AARPI

[Accès au sommaire](#)

La diversification des activités des sociétés d'économie mixte locales à travers la constitution de filiales ou de prises de participation au capital de sociétés est une pratique fréquente mais qui soulève plusieurs interrogations juridiques, tant au niveau de leur réalisation qu'au niveau de leur exécution opérationnelle.

1. - Preuve de la vitalité de l'économie mixte locale, la Fédération des entreprises publiques locales dans son livre blanc sur l'économie mixte locale paru en octobre 2019 mettait en évidence le développement accru des activités complémentaires de sociétés d'économie mixte locales (les « SEML ») en recensant pas moins de « 316 SEM [qui] détiennent aujourd'hui 324 participations majoritaires (filiales) et 564 participations minoritaires (prises de participation) contre respectivement 228 et 318 en 2013 » [Note 1](#) . L'adoption d'une stratégie de diversification des activités par les SEML est également confirmée par la Cour des comptes qui, dans son dernier rapport sur les sociétés d'économie mixte locales, recensait que « 67 % des SEM déclarent exercer dans plusieurs domaines et 43 % des SEM en pluriactivités ont trois activités ou plus » [Note 2](#) . Loin d'être anodin, ce phénomène de filialisation et de prise de participation s'appuie sur la force financière de ces sociétés qui – selon le rapport précité de la Cour des comptes paru en mai 2019 – « généraient un chiffre d'affaires cumulé de 11,6 Md € et salariaient 53 447 personnes » [Note 3](#) . Les SEML bénéficient d'atouts non négligeables. Sociétés de droit privé dont le capital doit être détenu entre 50 et 85 % par des personnes morales de droit public, elles disposent d'un objet social particulièrement large puisqu'aux termes de l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales (le « CGCT »), elles poursuivent la réalisation « des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ». C'est donc sous cette réserve du respect de « l'intérêt général » que les collectivités territoriales ont pu diversifier les activités des SEML, s'ouvrant ainsi à la prise en charge d'activités dans des secteurs concurrentiels (immobilier, aménagement, équipements touristiques ou sportifs, etc.). En possédant « plus de la moitié du capital » (*C. com.*, art. L. 233-1) ou « une fraction du capital comprise entre 10 et 50 % » (*C. com.*, art. L. 233-2) d'une autre société, la filialisation et la prise de participation des SEML accentuent d'autant plus la diversification de l'intervention économique des SEML et des collectivités territoriales qui en sont membres. Outre l'attrait qu'offre le régime du droit des sociétés, l'externalisation de telle ou telle activité de la SEML dans une structure dédiée permet un cantonnement du risque supporté par les collectivités actionnaires et une autonomisation de l'activité vis-à-vis de la SEML, notamment d'un point de vue de la durée de la société et des compétences techniques, humaines et financières que peut offrir cette société.

2. - Toujours est-il qu'à l'approche d'un nouvel acte de la décentralisation, les créations de filiales et les prises de participation par les SEML restent des sujets qui préoccupent les pouvoirs publics, comme en témoignent les récentes parutions de la Cour des comptes et de la Fédération des entreprises publiques. Mais cette préoccupation est avant tout économique et s'inscrit dans la recherche de rationalisation de l'action publique et du développement des partenariats publics privés institutionnalisés, comme en témoignent, toujours dans le monde de l'économie mixte, les textes permettant la création de SEMOP ou de sociétés communes entre bailleurs sociaux et promoteurs (on pense ici aux sociétés civiles de construction-vente dites SCCV « *Loi Alur* »). Pour autant, la création de filiales et la prise de participation dans le capital de sociétés ne vont pas sans soulever des problématiques juridiques. Comment en effet déployer les activités des SEML dans des secteurs concurrentiels ? Si d'un point de vue économique, la constitution de filiales et la prise de participation dans des logiques de *joint venture* peuvent représenter une réponse adaptée des collectivités territoriales aux contraintes du marché, elle ne doit pas pour autant occulter les règles de la commande publique.

3. - Cette approche suppose de s'intéresser d'abord aux conditions à respecter au moment de constituer une filiale ou de prendre une participation au capital d'une société (1), pour ensuite étudier les implications juridiques concrètes au regard du droit de la commande publique (2).

1. Les conditions de création de filiales et de prises de participation au capital d'une société

4. - L'essor des créations de filiales et des prises de participation au capital de sociétés par les SEML s'explique au moins pour partie par la liberté offerte à cet égard par le législateur et la jurisprudence. En l'absence de toute réglementation spécifique, la création de filiales ou la prise de participation ne soulève dans le principe guère de difficultés ; la question de l'étendue de l'autorisation préalable des collectivités actionnaires est en revanche plus discutée.

A. - Le principe de liberté de création d'une filiale ou de prise de participation

5. - Selon l'avant-dernier alinéa de l'article L. 1524-1 du CGCT, « toute prise de participation d'une société d'économie mixte locale dans le capital d'une société commerciale préalablement l'objet d'un accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration ». Au-delà de cette règle, rien ne s'oppose à ce qu'une SEML prenne une participation dans une société déjà constituée ou à créer. La doctrine ministérielle estime à cet égard qu'il convient d'appliquer en la matière le droit commun des sociétés et retient qu'« une société d'économie mixte locale peut, dans le cadre fixé par le droit des sociétés, prendre une participation dans le capital d'une autre société commerciale ou créer une société commerciale » [Note 4](#) ; et cette position est jugée « toujours d'actualité » par la doctrine [Note 5](#). Si la création de filiales ou la prise de participation au sein d'une société « commerciale » est expressément visée par les textes et la doctrine, rien n'interdit toutefois la participation au sein d'une société civile à créer ou déjà constituée. Tel est bien souvent le cas en pratique pour les filiales des SEML immobilières ou d'aménagement qui sont souvent créées sous la forme de sociétés civiles immobilières (SCI) ou de sociétés civiles de construction-vente (SCCV) [Note 6](#).

6. - Pour autant, si la création d'une filiale ou la prise de participation est libre, l'objet de la société à créer (cas d'une filiale) ou de la société ciblée (cas de la prise de la participation) doit s'inscrire dans le cadre de l'objet social de la SEML. C'est bien ce qu'imposent les dispositions de l'article L. 1521-1 du CGCT, en indiquant que les SEML exercent leurs activités dans le cadre des compétences reconnues par la loi aux collectivités locales actionnaires, en réalisant notamment des opérations d'aménagement ou de construction ou en exploitant des services publics industriels et commerciaux. Il s'agit donc en règle générale d'une mission de service public ou à tout du moins présentant un intérêt public local. D'ailleurs, la jurisprudence se montre traditionnellement plutôt souple quant à l'appréciation d'un tel intérêt, puisqu'il est admis la prise de participation d'une SEML dans une société dont l'objet « entre dans le champ des compétences que la loi a reconnue aux dites collectivités et à leurs groupements et qu'elle présente un intérêt pour eux » [Note 7](#). De même lorsque ladite société dispose d'un objet social présentant un « intérêt pour l'exécution du service public dont l'exploitation a été déléguée » [Note 8](#). En ce sens, comme l'avait relevé *Le Guide des sociétés d'économie mixte locales* édité par la DGCL du ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire en 2007, « la création d'une société filiale par une SEML conduit inévitablement à un démembrement des activités de celle-ci. La société filiale pourra ainsi être amenée à exercer tout ou partie des activités de la société mère ». Ce faisant, l'état du droit permet aux SEML de recourir dans une assez large mesure à la filialisation ou la prise de participation, ce qui est bien le propre du principe de l'économie mixte que d'introduire de la souplesse en vue de diversifier et de développer les activités de la SEML.

7. - Reste la question, sans doute plus délicate, de savoir si une SEML peut créer une filiale ou prendre une participation dans une société dont l'objet social excède plus ou moins ses compétences. La question n'est sans rappeler le débat qui avait animé la doctrine et les praticiens à propos des sociétés publiques locales, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales [Note 9](#) : si une décision *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles* [Note 10](#) avait interdit aux collectivités de prendre part au capital d'une société publique locale lorsqu'elles « n'exerce[nt] pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société », la loi précitée du 17 mai 2019 a tranché le débat en permettant à une collectivité d'être actionnaire d'une SPL (article 1) ou d'une SEML (article 2) quand bien même les activités de la société excèdent ses compétences. Au cas des filiales et des prises de participations des SEML, on peut sans doute retenir une approche pragmatique, inspirée de la loi du 17 mai 2019 et de l'instruction gouvernementale du 14 octobre 2019 [Note 11](#). Selon cette analyse et d'une part, une SEML pourrait devenir actionnaire même si ses compétences ne recouvrent pas toutes les activités de sa filiale ou de la société cible de sa participation. D'autre part, lorsque l'objet social de ces sociétés recouvre différentes activités, celles-ci doivent être complémentaires. En tout état de cause, la création d'une filiale ou la prise de participation au capital d'une société ne doit pas relever du champ du détournement de procédure : la création d'une filiale ou la prise de participation ne peut avoir pour objet de permettre à une SEML de participer à une activité totalement exclue de son objet social, pas plus que l'une ou l'autre ne peut avoir pour objet ou pour effet de détourner la répartition des compétences entre collectivités territoriales ou de créer une pratique anticoncurrentielle.

B. - La question de l'étendue de l'autorisation expresse des collectivités actionnaires

8. - La liberté de créer une filiale ou de prendre une participation n'est toutefois pas absolue : comme on l'a vu, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT impose d'obtenir l'accord exprès des collectivités territoriales ou de leur groupement d'actionnaires siégeant au conseil d'administration pour « Toute prise de participation d'une société d'économie mixte locale dans le capital d'une société commerciale ». Il n'en reste pas moins que ce faisant, la loi semble avoir introduit une distinction selon la nature civile ou commerciale de la société à créer, n'imposant – à première lecture – l'accord exprès des collectivités territoriales siégeant au conseil d'administration qu'en cas de prise de participation dans le capital d'une « société commerciale », à l'exclusion donc des sociétés civiles. Mais qu'en est-il

vraiment ? Le Guide précité du ministère de l'Intérieur privilégie une lecture extensive de l'article L. 1524-5 du CGCT, en retenant que la prise de participation d'une SEML au capital d'une société même civile est conditionnée à l'accord exprès des collectivités territoriales représentées au conseil d'administration, du moment que cette société doit être considérée comme un organisme à but lucratif. Cette interprétation ne va toutefois pas de soi. D'une part, le texte en question (l'avant-dernier alinéa de l'article L. 1524-5) est exempt d'ambiguïté : il conditionne la prise de participation à l'accord des collectivités territoriales siégeant au conseil d'administration uniquement dans le cas d'une « *société commerciale* », alors même qu'il aurait été loisible au législateur d'y inclure plus largement les organismes à but lucratif ou plus spécifiquement les sociétés civiles, ce qu'il n'a pas fait. D'autre part, l'interprétation ministérielle semble reposer exclusivement sur un arrêt *Commune d'Iffendic* [Note 12](#), qui portait sur la prise de participation d'une commune au capital d'une société civile immobilière, sans qu'il ne soit dès lors possible de déduire avec certitude de la décision que cette solution s'impose aussi de droit au cas d'une prise de participation décidée, non pas par une commune, mais par une SEML. Il faut encore observer dans le même sens que la position de certains auteurs [Note 13](#) et de la Fédération des entreprises publiques locales [Note 14](#) est de considérer que l'accord exprès des collectivités territoriales n'est pas légalement exigé au cas d'une société civile. Quoi qu'il en soit, on peut penser en pratique que les collectivités actionnaires sauront obtenir des organes dirigeants de la SEML de recueillir leur accord pour toute prise de participation, au-delà des seules prises de participation au capital d'une société commerciale.

2. La création de filiales et la prise de participation au regard des règles de la commande publique

9. - Si la décision de créer une filiale ou de prendre une participation ne relève pas en soi d'une commande publique et d'une logique de marché public, la détention par la SEML de toute (filiale) ou partie (prise de participation) du capital d'une société pose bien sûr la question de la qualification de cette dernière en *pouvoir adjudicateur* et par suite celle de la nature des contrats qu'elle passera dans le cadre de son activité.

A. - La qualification en *pouvoir adjudicateur* de la filiale ou de la société cible de la prise de participation

10. - L'intérêt de la question part du double constat suivant : d'une part, sauf quelques rares exceptions, les SEML françaises ont systématiquement la qualité de *pouvoir adjudicateur* ou d'*entité adjudicatrice*. D'autre part, il est de jurisprudence bien établie que cette qualité n'est pas, en quelque sorte, « héréditaire » : ce n'est pas parce que telle ou telle personne morale est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice que ses filiales le seront de droit et pour cette seule raison qu'elles en sont justement la filiale [Note 15](#). Ce double constat impose donc une approche au cas par cas.

11. - À cet égard, sur le plan des principes, l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique fait relever de la catégorie des pouvoirs adjudicateurs les personnes morales de droit privé qui ont été créés « *spécifiquement* » pour répondre à un besoin « *d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* » (critère matériel) et qu'elles se trouvent sous l'influence dominante d'un pouvoir adjudicateur (critère organique). C'est donc au regard de ces deux critères, qui sont autant de conditions cumulatives, qu'il faudra déterminer si la filiale ou la société cible d'une prise de participation d'une SEML sera un pouvoir adjudicateur (ou bien une entité adjudicatrice sur le fondement de l'article L. 1212-1 du Code de la commande publique), avec pour principale conséquence leur soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence préalable. À l'exception du cas (nécessairement rare) où la SEML elle-même n'est pas pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice, la satisfaction du critère organique ne fera aucun doute au cas de la création d'une filiale : en application de l'article L. 233-1 du Code de commerce, la SEML devra détenir « *plus de la moitié du capital* », ce qui de fait la réputera contrôler sa filiale. Cela ira moins de soi en revanche dans le cas, le plus courant en pratique, d'une simple prise de participation, par hypothèse minoritaire, à moins de stipulations particulières prévues typiquement dans le pacte d'associés et qui lui donneraient certains pouvoirs particuliers au point de pouvoir exercer une certaine influence sur l'activité de la société, indépendamment d'une participation détenue minoritaire [Note 16](#). La satisfaction du critère matériel renvoie là encore, et certainement encore plus, à une analyse au cas par cas, en fonction de l'objet de la filiale créée ou de la société cible de la prise de participation. En pratique, il faudra rechercher si l'activité de la filiale ou de la société cible satisfait des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, ce qui procédera d'une analyse casuistique de ses modalités d'exercice, supposant que soient recherchées, outre la finalité lucrative des activités exercées, l'existence d'une intervention sur un marché concurrentiel s'effectuant dans les conditions normales du marché. On peut ainsi penser qu'une prise de participation au capital d'une SCCV pour réaliser et commercialiser un programme de logements sur le marché libre ou des bureaux caractérisera une activité d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. C'est certainement une des raisons qui explique qu'en pratique, la création des filiales et les prises de participation interviennent majoritairement dans les secteurs de l'aménagement et de l'immobilier [Note 17](#), par nature très ouverts à la concurrence.

B. - Le sort des contrats passés par la SEML à sa filiale ou à la société cible d'une prise de participation

12. - Dès lors que la SEML a la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice, se pose la question des modalités selon lesquelles elle peut contracter avec la filiale créée ou avec la société au capital de laquelle elle a pris une participation. On comprend immédiatement que cette soumission aux règles de la commande publique est de nature à atténuer la capacité de la filiale à intervenir au bénéfice de la SEML, ou même d'ailleurs plus indirectement au bénéfice des collectivités actionnaires de celle-ci, qui sont elles aussi des pouvoirs adjudicateurs. Il serait alors tentant de se prévaloir de l'une des exceptions aux règles de publicité et de mise en concurrence

prévue par le Code de la commande publique, à savoir de l'exception dite *in house* instituée pour les contrats passés entre entités publiques [Note 18](#).

13. - Sur le plan des principes, les articles L. 2511-1 et suivants du Code de la commande publique pour les marchés et les articles L. 3211-1 et suivants pour les concessions prévoient les conditions dans lesquelles une relation de quasi-régie peut être établie. D'abord, le contrôle exercé par le ou les pouvoirs adjudicateurs sur la personne morale contrôlée doit être analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ; ensuite, l'activité de la personne morale contrôlée doit être consacrée à 80 % au bénéfice de ce(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) ; enfin, la relation *in house* ne permet pas en principe de participation directe de capitaux privés au capital. Et comme pour toute exception au principe de la mise en concurrence, elle est d'interprétation stricte. Cette dernière condition liée à l'interdiction de capitaux privés au capital de la société contrôlée devrait s'avérer dirimante, en ce qu'elle impose un actionariat exclusivement public de ces sociétés. Et c'est d'ailleurs pour cette raison que les SEML, en ce qu'elles comportent nécessairement des capitaux privés, sont en principe exclues du bénéfice du dispositif *in house* [Note 19](#). Si le bénéfice du dispositif *in house* pourrait peut-être s'envisager pour la filiale d'une SEML pour peu que celle-ci la détienne en intégralité, il est certainement exclu au cas d'une prise de participation, tout simplement parce que ce mode opératoire consiste... en une simple prise de participation, concurrente à la participation majoritaire d'au moins un autre actionnaire. Quoi qu'il en soit, les créations de filiales et les prises de participation par les SEML ne doivent pas être un outil de démembrement des compétences des collectivités en vue de se soustraire des règles de la commande publique. On peut certainement envisager que ces sociétés ne sauraient sous-traiter la totalité de leur activité avec des entités tierces, avec lesquelles la SEML n'aurait pas pu contracter directement de gré à gré, au risque d'être regardées comme une sorte de *coquille vide*, instituées uniquement en vue de contourner artificiellement les obligations de publicité et de mise en concurrence en vigueur.

Essentiel à retenir

- Les SEML peuvent créer des filiales et prendre des participations au capital de sociétés civiles ou commerciales dans une assez large mesure dès lors que l'objet social de la filiale ou de la société cible s'inscrit dans le prolongement du leur.
- Si la question de l'accord des collectivités actionnaires est tranchée en ce qui concerne les prises de participation au capital de sociétés commerciales, la question reste plus débattue s'agissant des sociétés civiles, comme les SCI ou les SCCV, d'expérience les plus nombreuses.
- La principale question reste celle de la qualification en pouvoir adjudicateur ou en entité adjudicatrice de la structure créée (hypothèse de la filiale) ou ciblée (hypothèse de la prise de participation), avec une réponse qui ne peut pas être systématisée : tout dépendra de l'intensité du contrôle exercé par la SEML et de l'objet de la structure considéré.
- Bien qu'elle ne reste une piste, la mise en œuvre de l'exception dite *in house* est probablement difficile, et en tout cas exclue au cas de simples prises de participation.

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 12

.. **Autres publications LexisNexis** : Fiche pratique n° 2849 : Sociétés à capital public locales : création

[Note 1](#) *Livre blanc sur l'économie mixte locale, Fédération des EPL, oct. 2019, p. 25.*

[Note 2](#) *Rapp. de la Cour des comptes, Les sociétés d'économie mixte locales, un outil des collectivités à sécuriser, mai 2019, p. 9.*

[Note 3](#) *V. Rapp. préc., p. 13.*

[Note 4](#) *Rép. min. n° 7756, Min. Intérieur : JO Sénat, jugée « toujours d'actualité » par la doctrine. – En ce sens : M. Karpenschif, Les SEML peuvent-elles être in house ? : JCP A 2016, 2245 .*

[Note 5](#) *M. Karpenschif, Les SEML peuvent-elles être in house ?, préc.*

[Note 6](#) *V. Rapp. préc., p. 13.*

[Note 7](#) *CAA Bordeaux, 27 avr. 2004, n° 00BX00369, CIVIS .*

[Note 8](#) *CAA Lyon, 26 juin 2008, n° 03LY01090 , M. X.*

[Note 9](#) *G. Eckert, Actionnariat des entreprises publiques locales : suite et fin : Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 118 . – V. aussi C. Devès, Sociétés publiques locales : quand le soufflé retombe : JCP A 2020, 2038 .*

[Note 10](#) *CE, 14 nov. 2018, n° 405628 : JurisData n° 2018-020168 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 9 , note W. Zimmer.*

[Note 11](#) *Instr. du Gouvernement, 14 oct. 2019 relative à l'application de la loi n° 2019-463 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales, NOR : COTB1915137J.*

[Note 12](#) *CE, 24 nov. 1989, n° 68439, Cne Iffendic .*

[Note 13](#) *S.-K. Agbayissah et M. Lecerf, Le cadre juridique des prises de participation des sociétés d'économie mixte locales : JCP E 1994, 354 .*

[Note 14](#) *Les filiales de SEM – mode d'emploi : Fédération des EPL, 2011.*

[Note 15](#) *Pour un exemple ancien : CJCE, 16 janv. 1988, aff. C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG .*

[Note 16](#) *On pense notamment aux clauses du pacte subordonnant à l'unanimité des associés la prise de certaines décisions.*

[Note 17](#) *V. Rapp. préc., p. 13.*

[Note 18](#) *CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal .*

[Note 19](#) *DAJ, Fiche technique, « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public ».*

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.