

Une société publique locale peut-elle bénéficier de l'aide à l'embauche des PME ?

Lire les conclusions de :

Philippe Chacot

Conclusions du rapporteur public

Lire les commentaires de :

Jean-Christophe Cervantès

Entre droit public et droit privé : le double visage des sociétés publiques locales

DÉCISIONS DE JUSTICE

TA Clermont-Ferrand – N° 1701184 – SEMERALP – 04 juin 2020 – C+ [↗](#)

Requêtes jointes N° 1701184, 1701187, 1701189, 1701192 et 1701193

TA Clermont-Ferrand – N° 1701185 – SEMERALP – 04 juin 2012 – C+ [↗](#)

Requêtes jointes N° 1701186, 1701188, 1701191 et 1701194

INDEX

Mots-clés

Société publique locale, SEMERAP, Actionnariat public, Aide à l'embauche, Quasi régie, In house, Décision créatrice de droits, Retrait

Rubriques

Aides publiques et économie, Droits sociaux et travail

Résumé Note universitaire Conclusions du rapporteur public

Résumé

- 1

Une société publique locale (SPL) peut-elle bénéficier de l’aide à l’embauche des PME, instaurée par le décret du 25 janvier 2016 pour les entreprises de moins de 250 salariés ?
- 2

Le tribunal administratif répond par l'affirmative, en l’absence de définition précise de la notion d’entreprise dans le texte et dès lors que la SPL remplit toutes les conditions d’exigibilité. Annulation des refus et retraits d’aide prononcés par l’agence des services de paiement.
- 3

14-03-02, 14-03-03, 66-10-01, Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique, Société publique locale, Aide à l'embauche, loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, PME, Décret n° 2016-40 du 25 janvier 2016 instituant une aide à l'embauche dans les PME, Décret n° 2016-1952 du 28 décembre 2016 modifiant le décret n° 2016-40 du 25 janvier 2016 instituant une aide à l'embauche dans les PME

Note universitaire

Entre droit public et droit privé : le double visage des sociétés publiques locales

Jean-Christophe Cervantès

Doctorant en droit public à l'Université Clermont Auvergne (CMH – EA 4232)

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6630](https://doi.org/10.35562/alyoda.6630)

¹ La Société d'exploitation mutualisée pour l'eau, l'environnement, les réseaux, l'assainissement dans l'intérêt du public (SEMERAP), constituée en société publique locale (SPL) a demandé le bénéfice de l'aide à l'embauche contenue dans le décret n° 02016-40 du 25 janvier 2016. L'Agence de services et de paiement (ASP) a fait droit à cette demande avant de procéder au retrait des aides au motif que la SEMERAP est une personne morale de droit public exclue des dispositions de l'aide à l'embauche. Le tribunal administratif de Clermont-Ferrand annule les décisions de retrait en rappelant qu'une SPL est une société anonyme régie par le code de commerce

² Considérées à la fois comme des « *instruments de gestion locale* » et « *de coopération locale* » (P. Delvolvé, « Les sociétés publiques locales », *RFDA*, 2012, p. 1069), les sociétés publiques locales (SPL) permettent aux collectivités territoriales et à leurs groupements de disposer d'outils supplémentaires pour exercer leurs missions de service public. Au premier juin 2019, la Fédération Nationale des Entreprises Publiques Locales recensait 387 SPL sur l'ensemble du territoire national. La SPL permet « *le renouvellement des partenariats institutionnels avec l'ensemble des acteurs publics pour coordonner des compétences* » (N. Laval Mader, « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », *RFDA*, 2012, p. 1092). La théorie des prestations intégrées ou « *in house* », énoncée par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), est au fondement de la création d'entreprises publiques locales soumises à la fois au droit privé et au droit public. C'est ce double visage de la SPL qu'évoque en creux le tribunal administratif de Clermont-Ferrand dans deux jugements du 4 juin 2020 en rappelant clairement le statut juridique de droit privé des SPL.

³ En l'espèce, la SEMERAP a procédé, au premier semestre 2016, aux embauches de dix agents pour lesquels elle a demandé le bénéfice d'une aide de l'État dans le cadre du décret n° 2016-40 du 25 janvier 2016 instituant une aide à l'embauche pour les petites et moyennes entreprises. Les demandes ont été déposées auprès de l'Agence de services et de paiement, établissement public administratif placé sous

la double tutelle du ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation et du ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion et chargé du traitement, du contrôle et des aides délivrées aux personnes publiques.

4

Dans un premier temps, l'ASP a fait droit aux demandes portant sur cinq embauches avant de procéder à leur retrait par cinq décisions en date du 16 mai 2017. Pour les autres dossiers, l'établissement public a, par une décision de refus, rejeté les demandes d'octroi de l'aide. Selon l'ASP, la SEMERAP n'était pas éligible au dispositif prévu dans le décret du 25 janvier 2016.

5

Ce sont donc les décisions de refus et celles de retrait qui se sont retrouvées devant le juge administratif de Clermont-Ferrand. Par deux requêtes du 15 juin 2017, la SEMERAP a demandé l'annulation, d'une part, des décisions par lesquelles l'ASP a retiré l'attribution de l'aide à l'embauche et d'autre part celle des cinq décisions par lesquelles elle lui a refusé cette attribution. Aux fins d'injonction, la SEMERAP a demandé au juge d'ordonner à l'ASP de lui attribuer les aides demandées au titre des embauches réalisées.

6

À cette fin, la SEMERAP affirme être éligible à l'aide à l'embauche. D'une part, elle soutient remplir les conditions énoncées à l'article 1^{er} du décret du 25 janvier 2016 et selon lesquelles les entreprises de moins de 250 salariés étaient éligibles si elles procédaient à l'embauche d'un salarié en CDI ou un CDD d'une durée d'au moins six mois. D'autre part, la SEMERAP affirme qu'étant immatriculée au registre du commerce et des industries de Clermont-Ferrand, elle ne possède pas la personnalité morale de droit public et donc dans l'hypothèse où les textes excluraient du bénéfice de l'aide les personnes morales de droit public, une telle exclusion ne saurait lui être appliquée. En revanche, l'ASP estime que la SEMERAP possède bien la personnalité morale de droit public et est donc exclue du dispositif de l'aide à l'embauche prévu uniquement pour les entreprises de droit privé.

7

Le juge administratif a donc été interrogé sur le statut juridique de la SEMERAP pour déterminer si une telle entreprise peut recevoir l'aide à l'embauche réservée aux petites et moyennes entreprises. Dans deux jugements distincts du 4 juin 2020, le TA a annulé les dix décisions de retrait et de refus du 16 mai 2017 de l'ASP. Le juge rappelle que les collectivités territoriales peuvent créer des sociétés publiques locales revêtant la forme de société anonyme régie par le Code de commerce.

8

Si des doutes pouvaient encore subsister chez certains acteurs publics, en l'espèce l'ASP, ce jugement donne l'occasion au juge administratif de préciser qu'une SPL est une société de droit privé et qu'elle peut, à ce titre, prétendre à une aide de l'État si le texte l'instituant ne l'exclut pas explicitement. La réponse apportée par le

juge tient bien au statut privé de la SPL, définit dans la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales et non à l'actionnariat de la société composé exclusivement de collectivités territoriales.

⁹ Cette décision participe au mouvement jurisprudentiel visant à sécuriser le statut juridique d'une forme d'entreprise publique particulière. Si la solution est logique, il nous paraît important de saisir ce jugement pour revisiter l'origine législative de la SPL et comprendre comment le choix des parlementaires s'est porté sur la société anonyme pour créer un outil juridique conforme à la jurisprudence européenne.

¹⁰ Le jugement du TA de Clermont-Ferrand rappelle donc à la fois que la société publique locale possède bien un actionnariat exclusivement public tout en possédant un statut juridique de droit privé (1). Cette forme juridique dérogatoire au Code de commerce permet à la SEMERAP de prétendre au bénéfice de l'aide à l'embauche prévue par le décret du 25 janvier 2016 (2) .

1. - La SEMERAP, un statut de droit privé pour un actionnariat exclusivement public

¹¹ Une SPL est une entreprise publique locale assurant ses missions pour le compte exclusif de ses actionnaires qui exercent sur elle un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services (A). Mais, comme le rappelle la décision commentée, l'originalité réside dans la forme juridique accordée à la SPL qui est une société anonyme (B).

A. - Une entreprise publique locale exerçant ses missions pour le compte exclusif de ses actionnaires publics

¹² Reprenant l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales, le juge clermontois rappelle que « *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* ». Cette possibilité est issue de la loi du 28 mai 2010, précitée, qui donne une suite à la jurisprudence européenne inaugurée, notamment, par la célèbre jurisprudence « *Teckal* » de la CJCE en 1999 (18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal Srl c/ Commune de Viano ; v. le dossier consacré aux 20 ans de cette jurisprudence : *JCPA*, 2020, n° 028) . Le juge européen avait alors posé les bases de la théorie des prestations intégrées qui donne la possibilité, pour les personnes publiques, de confier à un opérateur la réalisation d'opérations d'aménagement ou

de missions d'intérêt général sans procédure préalable de mise en concurrence. Les personnes publiques doivent exercer sur l'opérateur un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services et la société doit réaliser l'essentiel de son activité pour ses actionnaires. Ces conditions ont engendré des conséquences sur la constitution de ces sociétés, sur leurs missions et sur les régimes juridiques auxquels elles sont soumises.

13

Concernant l'actionnariat, selon l'article 1^{er} de la loi du 28 mai 2010, les SPL sont exclusivement détenues par des personnes morales de droit public et doivent agir pour leur seul compte. Les collectivités territoriales peuvent déléguer à une SPL des opérations d'aménagement ou plus largement des missions d'intérêt général sans procédure de mise en concurrence. Aussi, les collectivités actionnaires exercent sur la SPL un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. Ce type de contrôle a été précisé par la jurisprudence administrative pour qui il s'analyse à la lumière de l'influence des collectivités actionnaires sur les décisions de la société. Le Conseil d'État a pu déduire que l'ensemble des collectivités actionnaires doivent participer aux instances décisionnelles de la société (6 nov. 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079, *Lebon T.* p. 261).

14

Concernant les missions de la SPL, le Conseil d'État a considéré en 2018 que « *la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une société publique locale, qui lui confère un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et a nécessairement pour effet de lui ouvrir droit à participer au vote des décisions prises par ces organes, est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société* » (14 nov. 2018, *SEMERAP*, n° 405628, *Lebon* p. 576) . Mais la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locale a reprecisé « *que l'objet social des SPL et des SPLA pouvait inclure plusieurs activités et que celles-ci devaient être complémentaires. La réalisation de cet objet social devait en outre concourir à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires* » (C. Devès, « Société publiques locales (SPL) et Sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) », *JCl. Adm., Fasc. 163*, juin 2019).

15

Enfin, les SPL au même titre que les Société d'économie mixte locales (SEML) sont soumises au Code général des collectivités territoriales et aux règles applicables aux SEML (articles L. 1521-1 à L. 1525-3) mais aussi au Code de la commande publique pour leurs propres besoins. A ce titre, la circulaire n°COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 précise qu'en « *agissant au nom et pour le compte d'une des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales*

actionnaires, elles sont soumises aux règles applicables à cette personne, c'est à dire au code des marchés publics ». Plus récemment, l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique considère les SPL comme des pouvoirs adjudicateurs soumis aux règles de la commande publique.

16

Toutes les particularités évoquées peuvent laisser penser que les SPL sont des personnes morales de droit public étant donné la composition de leur actionnariat, les missions d'intérêt général dont elles ont la charge ou les règles de droit public qui s'appliquent à elles.

B. - Un statut de société anonyme déterminé par la loi

17

Si les apparences peuvent être trompeuses, le TA de Clermont-Ferrand rappelle justement que « *la SEMERAP est une société publique locale, et revêt donc en conséquence la forme d'une société anonyme de droit privé régie par le code de commerce* ». Le régime juridique de la SPL a été fixé par la loi du 29 mai 2010 qui a précisé plusieurs règles dérogatoires au Code de commerce. La SPL, au même titre que les autres entreprises publiques locales, est soumise aux dispositions du Code de commerce qui régissent les sociétés anonymes. Par dérogation à l'article L. 225-1 du même code qui prévoit pour les sociétés anonymes que le nombre des associés ne peut être inférieur à sept, les SPL et les SPLA ne peuvent être composées que de deux actionnaires exclusivement publics. Les personnes privées sont en effet exclues afin de correspondre aux critères de la *quasi* régie énoncés par le juge européen.

18

La proposition parlementaire initiale portait ce seuil à un, au lieu de sept dans le droit commun des sociétés. Mais les sénateurs et les députés ont préféré le remonter à deux afin d'éviter des dérives regrettables. Selon le rapport du sénateur Jacques Mézard, ce statut est « *préférable car la présence de deux personnes publiques distinctes implique en principe une coopération et un contrôle mutuel de leur action, plus favorable à la recherche de l'intérêt général* ». La société anonyme est un gage de transparence et de protection pour les collectivités territoriales actionnaires puisque le rapport précité souligne qu'elle « *offre un certain nombre de garanties susceptibles de protéger les collectivités territoriales* » et de renforcer l'information des actionnaires avec un « *accès aux documents essentiels pour connaître la vie de la société ; la détention d'un droit de vote ; la participation aux assemblées de la société* ».

19

A l'instar de certains auteurs, on pourrait voir dans le statut commercial de la SPL une sorte d'instrumentalisation de l'entreprise privée puisque « *d'une part, l'entreprise de droit commun devient le vecteur d'une action économique publique renouvelée, et d'autre*

part, les personnes publiques n'hésitent pas à instrumentaliser, en tant que de besoin, le droit commun de l'entreprise pour mieux agir sur l'économie » (C. Boiteau, « Les entreprises liées aux personnes publiques », RFDA, 2017, p. 57) . Toutefois, au titre de ses avantages, la société anonyme présente une « souplesse de gestion de la structure dont la fonction exécutive réside dans le directeur général. La comptabilité privée, la gestion du personnel sous les modalités du droit privé figurent parmi les éléments donnant à la SPL une certaine forme d'attractivité » (A. Vigoureux, « Les avantages de la société publique locale », RFDA, 2012, p. 1075).

²⁰ Eu égard aux faits de l'espèce commentée, on pourrait ajouter que son régime juridique permet à une SPL de bénéficier des aides délivrées par l'État dans le cadre de sa politique économique en faveur de l'emploi et du soutien aux petites et moyennes entreprises.

2. - Un statut de société anonyme ouvrant droit à l'aide à l'embauche

²¹ Si la SEMERAP est une société anonyme régie par le Code de commerce, le décret du 25 janvier 2016 est resté quelque peu silencieux quant à la notion d'entreprise (A). Mais les conditions édictées par le texte réglementaire ouvrent bien à la SEMERAP le droit de bénéficier de l'aide à l'embauche pour les petites et moyennes entreprises (B).

A. - Le silence gardé par le décret sur la notion d'entreprise

²² L'aide à l'embauche en question trouve son origine dans un discours du Président de la République qui avait annoncé devant le Conseil Économique, social et environnemental un plan d'urgence contre le chômage. Les mesures concernaient l'apprentissage, la formation des chômeurs ou encore les aides publiques. Le décret du 25 janvier 2016 instituant une aide à l'embauche pour les petites et moyennes entreprises a été la traduction réglementaire d'une partie des annonces présidentielles en faveur de l'emploi.

²³ Dans le jugement commenté, le TA rappelle les termes de l'article 1^{er} du décret selon lequel « *les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés peuvent demander le bénéfice d'une aide pour l'embauche d'un salarié* ». Il est aussi précisé que « *les particuliers employeurs ne sont pas éligibles à l'aide* ». Le texte réglementaire ne fournit pas plus d'informations quant aux catégories d'entreprises pouvant bénéficier de l'aide ou en être exclues. Le TA opte pour une lecture stricte du décret. Dans ses conclusions, le rapporteur public, admet « *qu'en l'absence de définition de ce que recouvre une*

entreprise, au sens strict du décret précité, nous pensons que vous devez vous cantonner à appliquer les conditions explicites d'éligibilité qu'il prévoit et elles seules ».

24

On peut en déduire que le juge administratif n'a pas souhaité approfondir la définition d'entreprise appliquée à la SPL qui est rangée par une partie de la doctrine dans la catégorie des entreprises publiques locales. Si comme le note le rapporteur public, on retrouve des éléments de réponse dans le décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'une entreprise, ceux-ci ne sont précisés que pour les besoins et l'analyse statistique et économique. C'est précisément sur ce décret que s'est appuyé l'ASP pour conclure que la SEMERAP n'était pas une entreprise.

25

A partir des silences gardés par le décret instituant l'aide à l'embauche et le jugement commenté, on peut alors questionner et approfondir la notion d'entreprise publique locale. Le Conseil d'État a déterminé, à partir de l'article 34 de la Constitution, le critère de qualification d'une entreprise publique portant sur la détention du capital de l'entreprise par une personne publique. Selon la haute juridiction « il ressort des pièces du dossier que l'État, la société nationale industrielle aérospatiale et une société filiale du crédit Lyonnais détenaient ensemble [...] *plus de la moitié du capital social de la société française d'équipements pour la navigation aérienne ; qu'ainsi, la société française d'équipements pour la navigation aérienne avait le caractère d'une entreprise du secteur public* » (Ass., 22 dec. 1982, *Comité d'entreprise de la SFENA*, n° 34252 et 34798, *Lebon* p. 435)

26

Mais Claude Devès admet que des incertitudes entourent la notion puisque « le mode de 'entreprise [...] conduit à accaparer une image séduisante mais aussi quelque peu trompeuse. En effet, si l'on se place sur le plan juridique et non celui de la pure communication, le périmètre de la notion est certainement plus flottant qu'il n'y paraît, faisant même naître quelques incertitudes sur son champ exact d'application » (« Qu'est-ce qu'une entreprise publique locale », *Juris tourisme*, 2020, n° 266 p.18). De son côté, Sophie Nicinski confirme bien que « *la société publique locale est une entreprise au sens du droit de la concurrence* » c'est à dire « *toute entité qui exerce une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement* » (« Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence, *RFDA*, 2012, p. 1135).

27

La définition de l'entreprise publique locale est donc difficile à trouver car elle recouvre des formes différentes comme les SPL, détenues exclusivement par des personnes publiques, et les SEML, dans lesquelles des actionnaires privés sont admis. Toutefois, la définition de la Commission européenne, rappelée par Claude Devès

dans l'article précité, est intéressante. En effet, au sens de la directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006, l'entreprise publique est définie « *comme toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière et des règles qui la régissent* ». Ainsi posée, on se rapproche des traits caractéristiques de la SPL avec un actionnariat exclusivement public. On pourrait aussi ajouter un aspect matériel avec des missions de la SPL dominées par un intérêt public local.

B. - La société publique locale, logiquement éligible à l'aide à l'embauche

28

Les annulations des décisions de retrait et de refus évoquées dans les deux jugements sont aussi justifiées par les conditions cumulatives de l'aide à l'embauche édictées par le décret du 25 du janvier 2016. Pour en bénéficier, l'entreprise devait embaucher « un salarié en contrat de travail à durée indéterminée ou en contrat à durée déterminée d'une durée d'au moins six mois ». Pour le TA de Clermont-Ferrand, « il n'est pas contesté par l'ASP, que la SEMERAP [...] *remplit l'ensemble des conditions relatives aux salariés embauchés et à leurs contrats de travail. Il n'est pas contesté non plus que la SEMERAP ne dépasse pas le plafond fixé à deux cent cinquante salariés* ». En ne retenant pas que la SEMERAP est une personne morale de droit privé et qu'elle remplit l'ensemble des critères d'éligibilité de l'aide à l'embauche, l'ASP a commis une erreur de droit qui entraîne l'illégalité des décisions de refus et de retrait.

29

Mais le juge administratif n'a pas réservé le même sort aux conclusions à fin d'injonction formulées par la société requérante. Dans le jugement relatif aux décisions de refus, le TA fait droit à la demande en enjoignant à l'ASP d'attribuer, dans un délai de deux mois, le bénéfice de l'aide à l'embauche pour les cinq dossiers concernés. En revanche, pour les cinq décisions de retrait, le TA a rejeté les conclusions de la société visant à enjoindre à l'ASP d'attribuer cette aide à l'embauche.

30

Le juge a tenu compte de la nature des actes attaqués avec des décisions de refus et des décisions de retrait. Pour les premières, l'article L. 911-1 du Code de justice administrative permet au juge administratif de prescrire une mesure d'exécution dans un sens déterminé, assortie le cas échéant d'un délai d'exécution. Cette possibilité donne au recours pour excès de pouvoir une plus grande efficacité. Mais concernant l'annulation des décisions de retrait, le jugement du TA de Clermont-Ferrand s'en est tenu au régime applicable à celles-ci. Le jugement rappelle que « *lorsqu'une décision créatrice de droits est retirée et que ce retrait est annulé, la décision initiale est rétablie à compter de la date de lecture de la décision*

juridictionnelle prononçant cette annulation ». L'annulation des décisions de retrait a pour « conséquence le rétablissement du bénéfice de l'aide à l'embauche dans les petites et moyennes entreprises, à compter de la date de lecture du présent jugement ». Ainsi « *il n'y a, dès lors, pas lieu d'enjoindre à l'Agence de services et de paiement d'attribuer à la SEMERAP l'aide à l'embauche ».*

31

La solution est la conséquence logique de la jurisprudence « Ternon » (CE, 26 oct. 2001, n° 197018, Lebon p. 497) dont la solution a été codifiée à l'article L. 242-1 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) . Depuis 2001 et le découplage du droit de retrait de l'administration et du droit de recours, les personnes publiques peuvent retirer une décision à la double condition que celle-ci soit illégale et que le retrait intervienne dans un délai de quatre mois. Le retrait, par l'administration, de décisions créatrices de droits, même illégales, peut engendrer des situations difficiles pour les administrés. Un équilibre semble ainsi avoir été trouvé entre le principe de sécurité juridique et la nécessaire légalité des actes administratifs.

32

Pour le jugement commenté, l'annulation de la décision de retrait a pour effet de rétablir la décision initiale créatrice de droits, à savoir le bénéfice de l'aide à l'embauche. Dans le contentieux de l'urbanisme le Conseil d'État a déjà considéré « lorsqu'un permis de construire ayant fait l'objet des formalités de publicité est retiré dans le délai de recours contentieux et que ce retrait est annulé, le permis initial est rétabli à compter de la lecture de la décision juridictionnelle prononçant cette annulation » (CE, 6 avr. 2007, C., n° 296493, Lebon T. p. 671) . Plus récemment, dans un avis du 18 juillet 2018, la haute juridiction administrative, tirant les conséquences de l'article L. 242-1 du CRPA a estimé que « lorsqu'une décision créatrice de droits est retirée et que ce retrait est annulé, la décision initiale est rétablie à compter de la date de lecture de la décision juridictionnelle prononçant cette annulation ». Il est aussi souligné « qu'une telle annulation n'a, en revanche, pas pour effet d'ouvrir un nouveau délai de quatre mois pour retirer la décision initiale, alors même que celle-ci comporterait des irrégularités pouvant en justifier légalement le retrait ». On peut alors penser que cette solution privilégie la stabilité des situations juridiques au détriment du principe de légalité puisque l'annulation d'une décision de retrait a pour effet de rétablir une décision initiale, même si celle-ci est illégale. Pourtant, à la lecture de l'avis, le Conseil d'État tente de trouver un certain équilibre puisque le rétablissement de la décision créatrice de droits fait de nouveau partir les délais de recours à l'égard des tiers et du préfet, dans le cadre de son contrôle de légalité des administrations locales.

Conclusions du rapporteur public

Philippe Chacot

Rapporteur public au tribunal administratif de Clermont-Ferrand

DOI : [10.35562/alyoda.8340](https://doi.org/10.35562/alyoda.8340)

¹ Les dix affaires qui viennent d’être appelées concernent le dispositif d’aide à l’embauche des PME qui a été mis en place par le décret n° 2016-40 du 25 janvier 2016 et qui permet à une entreprise de moins de 250 salariés qui recrute un salarié, soit en contrat à durée indéterminée (CDI), soit en contrat à durée déterminée (CDD) d’au moins six mois), de bénéficier d’une aide forfaitaire à l’embauche d’un montant de 4 000 euros maximum par salarié. Ce dispositif concerne les contrats de travail dont la date de début d’exécution est comprise entre le 18 janvier 2016 et le 30 juin 2017. L’Agence de services et de paiement est chargée de procéder, pour le compte de l’Etat, au versement de l’aide sur demande des entreprises dans les six mois suivant le début d’exécution du contrat.

² La Société d’exploitation mutualisée pour l’eau, l’environnement, les réseaux, l’assainissement dans l’intérêt du public (SEMERAP), qui est désormais une société publique locale (SPL), a embauché dix agents au cours du 1^{er} semestre 2016. Elle a présenté en juin 2016 auprès de l’Agence de services et de paiement (ASP) des demandes en vue de bénéficier de l’aide à l’embauche dans les petites et moyennes entreprises pour ces dix nouveaux salariés, dans le cadre du dispositif que nous venons d’exposer.

³ Pour cinq d’entre eux, l’Agence de services et de paiement avait, dans un premier temps, accordé cette aide à l’embauche dans les petites et moyennes entreprises.

⁴ Mais après un contrôle interne, l’Agence de services et de paiement a décidé, par cinq décisions du 16 mai 2017, de retirer l’aide, au motif que les employeurs personnes morales de droit public ne seraient pas éligibles au dispositif.

⁵ Ce sont ces décisions de retrait que la SEMERAP vous demande d’annuler par les cinq requêtes n°s 1701184, 1701187, 1701189, 1701192 et 1701193. La société présente également des conclusions à fin d’injonction en vue de l’octroi de l’aide.

⁶ Pour les cinq autres salariés, l’ASP a refusé d’attribuer l’aide demandée au motif que la SEMERAP ne serait pas éligible à ce dispositif. Les décisions, bien qu’elles ne soient pas datées, semblent avoir été prises le même jour : le 16 mai 2017, sans que cela soit contesté par l’ASP. Dans les cinq autres requêtes n°s 1701185, 1701186, 1701188, 1701191 et 1701194, la SEMERAP demande l’annulation de ces décisions et qu’il soit enjoint à l’ASP de lui octroyer l’aide au titre de ces cinq embauches.

7 Dans ces affaires, la SEMERAP soutient qu'elle remplit les conditions prévues par le décret pour bénéficier de l'aide. Elle fait valoir notamment que les salariés ont été embauchés en contrats à durée indéterminée, que la date de début de l'exécution de leur contrat est antérieure à la date limite fixée au 30 juin 2017 par le décret du 28 décembre 2016, et qu'elle-même n'est pas un particulier employeur et qu'elle n'est donc pas exclue du dispositif.

8 Elle fait également valoir, par ailleurs, qu'à supposer que les personnes morales de droit public soient exclues du dispositif, ce que le texte ne prévoit pas, en tout état de cause, la SEMERAP n'est pas une personne morale de droit public, mais une société anonyme immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Clermont-Ferrand.

9 Nous n'avons trouvé que quatre jugements de tribunaux administratifs concernant le dispositif d'aide à l'embauche, mais ils concernent principalement des cas de sociétés dont les demandes ont été rejetées par l'ASP car elles avaient été présentées hors délai, plus de six mois après l'embauche. Cela ne vous aidera donc pas.

10 Votre jugement va donc faire jurisprudence car il va trancher une question qui ne l'a pas encore été, puisque vous devrez dire si les SPL sont éligibles ou non à ce dispositif d'aide à l'embauche.

11 Nous estimons que vous allez devoir donner raison à la SEMERAP, en retenant le moyen de l'erreur de droit, car selon nous l'ASP a fait une lecture extensive et erronée des dispositions applicables en ajoutant une condition non prévue.

12 Les dispositions applicables sont celles de l'article premier du décret n° 2016-40 du 25 janvier 2016 instituant une aide à l'embauche dans les petites et moyennes entreprises et qui prévoit : « *Les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés peuvent demander le bénéfice d'une aide pour l'embauche d'un salarié dont la rémunération telle que prévue au contrat de travail est inférieure ou égale au salaire minimum horaire de croissance majoré de 30 %. / Cette aide est octroyée sous réserve que les entreprises remplissent les conditions cumulatives suivantes : / 1° Elles embauchent un salarié en contrat de travail à durée indéterminée ou en contrat à durée déterminée d'une durée d'au moins six mois ; / 2° La date de début d'exécution du contrat est comprise entre le 18 janvier 2016 et le 30 juin 2017. / Les particuliers employeurs ne sont pas éligibles à l'aide. (...) »*

13 Il en résulte que les seules conditions tiennent à la taille des entreprises (moins de 250 salariés) à la nature du contrat conclu (CDI ou CDD de 6 mois), à la période d'éligibilité au dispositif : entre le 18 janvier 2016 et le 30 juin 2017 et à un montant de salaire maximum. Le dispositif est ouvert aux entreprises, mais le décret ne

donne pas la définition de ce que cela recouvre. Les entreprises publiques ou les personnes morales de droit public, puisqu'il s'agit du motif opposé par l'ASP, sont-elles exclues du dispositif ? A priori non, puisque le décret ne le prévoit pas explicitement. Vous constaterez d'ailleurs que la seule exclusion explicitement prévue par le décret précité concerne les particuliers. Rien dans les dispositions relatives à l'aide à l'embauche des PME ne permet d'affirmer que ce dispositif serait réservé aux seules personnes morales de droit privé, le décret ne mentionnant que les entreprises, ce qui reste une notion floue et, en l'espèce, non définie.

14 Pour justifier ses décisions l'ASP invoque une définition de l'entreprise issue de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 pour dire que la société publique locale n'est pas une entreprise et qu'elle n'entre donc pas dans le champ du dispositif.

15 L'Article 51 de la loi du 4 août 2008 dispose que : « *Pour les besoins de l'analyse statistique et économique, les entreprises peuvent être distinguées selon les quatre catégories suivantes : les micros entreprises ; les petites et moyennes entreprises ; les entreprises de taille intermédiaire ; les grandes entreprises.* ». Par ailleurs, l'article 1^{er} du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique prévoit : « *La notion d'entreprise utilisée pour l'application de l'article 51 de la loi de modernisation de l'économie susvisée est celle du règlement (CEE) du Conseil du 15 mars 1993 susvisé, c'est-à-dire la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes.* »

16 Toutefois, cette définition de l'entreprise a été adoptée dans un but précis, celui des besoins de l'analyse statistique et économique. Rien ne permet de penser qu'il s'agirait là d'une définition générique ayant vocation à s'appliquer dans tous les domaines et notamment dans celui des aides à l'embauche de l'Etat qui nous intéresse ici.

17 Aussi, en l'absence de définition de ce que recouvre une entreprise, au sens du décret précité, nous pensons que vous devez vous cantonner à appliquer les conditions explicites d'éligibilité qu'il prévoit et elles seules.

18 Par ailleurs, la SEMERAP, pour répondre au motif opposé par l'administration, vous indique qu'elle ne constitue pas une personne morale de droit public, mais une SPL qui est une société anonyme. Les SPL sont régies par le code général des collectivités territoriales. Aux termes de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales : « *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 revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires. (...) »

19 Certes, comme vous le savez, les SPL sont composées uniquement d'actionnaires publics que sont des collectivités locales ou leurs groupements, mais elles constituent des sociétés anonymes et elles interviennent dans le champ du droit privé et sont régies par le code du commerce.

20 Dans son arrêt du 21 novembre 2018, Département du Puy-de-Dôme, N° 405702, le Conseil d'Etat considère d'ailleurs que l'institution des SPL, par la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, qui a introduit l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, crée une nouvelle catégorie de sociétés afin de permettre aux collectivités territoriales et à leurs groupements de confier certaines opérations ou certaines activités à des sociétés commerciales en se dispensant de mise en concurrence préalable. Vous avez donc la confirmation du fait que les SPL sont des sociétés commerciales.

21 En l'espèce il n'est pas contesté que la SEMERAP remplit bien toutes les conditions cumulatives prévues par le dispositif de l'aide à l'embauche dans les petites et moyennes entreprises, instituée par le décret du 25 janvier 2016, conditions que nous avons rappelées plus haut, et notamment, celles relatives à la taille de l'entreprise, au montant du salaire, à la nature des contrats, et à la période d'embauche. Elle n'est pas davantage un particulier, exclu du dispositif par le texte réglementaire.

22 Dans ces conditions, en retirant l'aide accordée pour cinq salariés, ou en la refusant pour les cinq autres, au motif que la SEMERAP serait une personne morale de droit public n'entrant pas dans le champ du dispositif de l'aide, l'Agence de services et de paiement a commis une erreur de droit, en ajoutant au texte applicable une condition non réglementaire, ce qui conduira à l'annulation, pour ce motif de l'erreur de droit, des dix décisions attaquées de retrait ou de refus de l'aide à l'embauche dans les petites et moyennes entreprises.

23 Annulation (pour erreur de droit)

24 Nous en venons maintenant aux conclusions à fin d'injonction présentées par la SEMERAP.

25 Leur sort sera à différencier selon les deux catégories de dossiers.

26 Dans les cinq dossiers relatifs au retrait de l'aide, ces conclusions nous semblent devoir être rejetées.

En effet, lorsqu'une décision créatrice de droits est retirée et que ce

retrait est annulé, la décision initiale est rétablie à compter de la date de lecture de la décision juridictionnelle prononçant cette annulation. Voir sur ce point l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 juillet 2018, M. X. N° 419204, qui juge que « *Lorsqu'une décision créatrice de droits est retirée et que ce retrait est annulé, la décision initiale est rétablie à compter de la date de lecture de la décision juridictionnelle prononçant cette annulation.* »

27

Dans ces conditions, l'annulation de la décision de retrait que vous allez prononcer entraînera, ipso facto, en raison de son effet rétroactif, le rétablissement du bénéfice de l'aide à l'embauche dans les petites et moyennes entreprises qui avait été octroyée par l'ASP dans sa première décision.

Il n'y donc pas lieu d'enjoindre à l'ASP d'attribuer l'aide, la décision initiale d'octroi de l'aide revenant à la vie.

28

En revanche la solution sera différente dans les cinq autres dossiers concernant les décisions de refus de l'aide à l'embauche.

29

Dans ces cinq autres dossiers l'annulation des décisions pour erreur de droit entraîne nécessairement qu'il soit enjoint à l'ASP d'attribuer l'aide. Cette injonction pourrait être assortie d'un délai de deux mois.

30

Par ces motifs nous concluons : à l'annulation, pour erreur de droit, des 5 décisions de retrait et des 5 décisions de refus de l'aide à l'embauche du 16 mai 2017 de l'ASP ; dans les dossiers n°s 1701185, 1701186, 1701188, 1701191 et 1701194 : à ce qu'il soit enjoint à l'ASP d'attribuer l'aide à l'embauche ; délai deux mois ; et dans les dossiers n°s 1701184, 1701187, 1701189, 1701192 et 1701193 au rejet du surplus des requêtes.