HAL
open science

Le critère de l'essentiel des activités : des éclaircies brumeuses

Sébastien Brameret

To cite this version:

Sébastien Brameret. Le critère de l'essentiel des activités : des éclaircies brumeuses. Actualité juridique Droit administratif, 2017, 19, pp.1127. hal-01997533

HAL Id: hal-01997533

https://hal.science/hal-01997533v1

Submitted on 29 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le critère de l'essentiel des activités : des éclaircies brumeuses

Note sous CJUE, 8 décembre 2016, *Undis Servizi Srl c/ Commune di Sulmona*

Version de travail, publication : AJDA, 2017, n° 19

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences
Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble,
GRDPE

Après une jurisprudence fournie sur la notion de contrôle analogue, la Cour de justice apporte des précisions autant utiles que déroutantes du critère de l'essentiel des activités, seconde condition de reconnaissance de la théorie des prestations intégrées dans les relations contrats d'un pouvoir adjudicateur avec l'entité dédiée qu'il détient.

CJUE, 8 décembre 2016, C-553/15, *Undis Servizi Srl c/ Commune di Sulmona*, concl. C. Sanchez-Bordona : *JCP A, 2017, 2015, note M. Karpenschif, Contrats et Marchés publ., 2017, n° 2, comm. 38*

Plus la Cour de justice de l'Union européenne éclaire les conditions de reconnaissance de la théorie des prestations intégrées et moins les contours de cette dernière semblent évidents à visualiser. La décision *Undis* du 8 décembre 2016 (CJUE, 8 déc. 2016, C-553/15) ne fait pas exception, apportant autant de précisions qu'elle ne soulève de questions. L'affaire concerne la passation d'un marché de services (au sens de la directive 2004/18 alors applicable) relatif à la gestion du cycle intégré des déchets urbains de la commune de Sulmona. Par une décision du 30 septembre 2014, la commune a décidé de l'attribution *in house* dudit marché à Cogesa, société à capital intégralement public, détenue par plusieurs communes, dont Sulmona (pour une part non négligeable d'environ 16,6 % du capital). Le 30 octobre 2014, soit quelques jours avant la signature du marché, les collectivités territoriales associées ont conclu une convention en vue d'exercer sur l'entité, et de façon conjointe, un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. Undis, société intéressée par le marché de service, a alors contesté la validité de la procédure de passation *in house* du contrat avec la Cogesa.

Au terme de la procédure juridictionnelle italienne, deux questions préjudicielles sont adressées à la Cour de justice, portant sur les conditions d'application du second critère de la jurisprudence *Teckal Srl* (CJCE, 18 nov. 1999, C-107/98, Rec. CJCE 1999, I-8121), telles qu'interprétées à la lumière de la directive 2004/18, applicable à l'espèce : l'obligation que l'entité contrôlée exerce « *l'essentiel de ses activités* » au profit de son propriétaire public. D'un point de vue procédural, la Cour fait preuve d'un « *esprit de coopération* » certain (déc. préc., point 25) en acceptant de répondre à des questions posées

alors même que la juridiction de renvoi n'apporte aucun élément de nature à prouver que le droit de l'Union est applicable à l'espèce. Elle considère, de façon assez classique, qu'elle peut ne pas soulever d'irrecevabilité si elle « *estime qu'elle est en mesure de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi* » (déc. préc., point 25). Ce faisant, elle cherche autant à répondre à une question concrète qui lui est posée qu'à apporter, de façon plus générale, de nouvelles précisions à la théorie des prestations intégrées. Ce positionnement fait écho à la rareté des décisions concernant le second critère de la théorie des prestations intégrées. Le fait que l'entité contrôlée doive exercer l'essentiel de ses activités pour le compte de ses propriétaires publics est essentiellement factuel et relève pour une large part de l'appréciation des juges nationaux. La décision du 8 décembre 2016 n'en est que plus intéressante, la Cour de justice précisant le cadre de l'analyse des juridictions nationales.

Sur le fond, la première question concerne la notion « *d'activité* » : faut-il tenir compte des activités imposées à l'entité par une administration publique non associée, et qui sont réalisées au profit d'autres administrations publiques non associées ? La société Undis constate en effet que, d'un point de vue strictement comptable, la Cogesa ne réalise que 50 % de son activité globale avec ses actionnaires, le reste des activités étant pour une large part imposé par la Région des Abruzzes, selon une disposition particulière du droit italien. La Cour retient qu'il « *convient de ne pas inclure dans cette activité [essentiellement réalisée pour les actionnaires] celle qu'impose à cette entité une autorité publique, non associée de cette entité, en faveur de collectivités territoriales qui ne sont pas non plus associées de ladite entité et n'exercent aucun contrôle sur elle, cette dernière activité devant être considérée comme exercée pour des tiers* » (déc. préc., point 38). Grâce à cette approche matérielle, la Cour précise les modalités de détermination des tiers bénéficiaires pour le calcul de l'essentiel de l'activité.

La seconde question porte sur le caractère « *essentiel* » de l'activité : pour déterminer si l'activité est essentiellement réalisée pour le compte des actionnaires, peut-on tenir compte des relations entretenues avec ces derniers avant que la condition relative au contrôle analogue soit devenue effective ? La société Undis relève à cet égard que la Cogesa réalisait une part substantielle de ses activités avec la commune de Sulmona avant que celle-ci ne devienne l'un de ses actionnaires. La saisine invitait ainsi le juge de l'Union à appréhender le critère de l'essentiel de l'activité autant d'un point de vue matériel que temporel. La Cour estime qu'il est nécessaire de « *prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, parmi lesquelles peut figurer l'activité que cette entité adjudicatrice a réalisée pour ces mêmes collectivités territoriales avant qu'un tel contrôle conjoint ne soit devenu effectif* » (déc. préc., point 42). Par cette approche temporelle, la Cour précise les modalités de détermination du commencement de l'*in house*.

I. L'approche matérielle : la définition du tiers bénéficiaire

La première question posée à la Cour de justice lui donne l'occasion de confirmer une approche englobante des conditions de reconnaissance de l'essentiel de l'activité : elle rappelle le caractère marginal que doivent revêtir les activités exercées au profit des tiers et précise que les activités imposées par des autorités publiques non actionnaires doivent être inclues dans ce calcul.

A. Le caractère nécessairement marginal des activités exercées au profit des tiers

Le critère de l'essentiel de l'activité est complémentaire à celui du contrôle analogue pour la reconnaissance d'une relation *in house*. Il est utilisé pour déterminer le degré d'autonomie de la société par rapport à ses actionnaires : plus l'entreprise développe une activité autonome et moins elle peut être considérée comme étant dans une relation de dépendance par rapport à ses actionnaires, notamment sur le plan financer : « *une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs* » (CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, Carbotermo SpA, Rec. CJCE 2006, I-4137). L'idée de la relation *in house* postule que le candidat à l'obtention d'un contrat soit assimilable à un organe du pouvoir adjudicateur (malgré sa personnalité morale) et non à un acteur sur un marché concurrentiel. Dès lors que le prestataire potentiellement *in house* revêt la forme d'une société commerciale, le juge doit s'assurer que son existence est réellement dédiée à la satisfaction de besoins spécifiques du (ou des) pouvoir(s) adjudicateur(s). Le juge vérifie que l'organisme « *réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* » (CJCE, 18 nov. 1999, préc., point 50), afin de s'assurer que le recours à ce prestataire n'est pas simplement une technique de contournement des règles de la concurrence. Dans la décision *Undis*, la Cour confirme une analyse classique de ce critère : l'activité accessoire d'un prestataire intégré ne doit avoir « *qu'un caractère marginal* » (déc. préc., point 32).

Le critère de l'essentiel de l'activité, à la différence de celui du contrôle analogue, a soulevé moins de difficultés pratiques, sous la réserve de la détermination d'un seuil en deçà duquel il ne serait être reconnu. Pour C. Stix-Hackl, « *la question centrale est donc de savoir à partir de quelle participation le seuil du deuxième critère de l'affaire Teckal est atteint. Les opinions à ce sujet sont multiples. Elles vont de plus de 50 % à "exclusivement", en passant par "dans une proportion notable", "essentiellement" et "presque exclusivement"* » (conclusions sur CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA, point 80). L'avocate générale préconise – une fois encore – une approche pragmatique, fondée sur des considérations quantitatives, mais également qualitatives (*ibid., points 97-115*). La directive marché de 2014 (non applicable à l'espèce), reprend cette idée et impose désormais que « *plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle* » (art. 12 1. b. de la directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n° 2004/18/CE : JOUE L 94/65).

La conséquence – logique et classique – de cette lecture restrictive du critère de l'essentiel des activités est que, pour la détermination du volume des activités exercées au bénéfice de tiers, la Cour inclut « *toute activité de l'entité attributaire qui est consacrée à des personnes autres que celles qui la détiennent* » (déc. préc., point 33).

B. La nécessité de tenir compte des activités imposées par autorités publiques non actionnaires

L'élément novateur de la décision *Undis* réside dans l'interprétation extensive de la notion d'activité accessoire de l'entreprise en situation d'*in house*. La Cour donne un écho très particulier à cette analyse, en considérant l'approche traditionnelle du critère « *ne saurait être infirmée par la circonstance (…) selon laquelle l'activité (…) est imposée par une autorité publique également non actionnaire* » (déc. préc., point 37). Elle doit dès lors être assimilée à une activité exercée pour le compte d'un tiers, la Cour considérant qu'il « *convient de ne pas inclure dans cette activité [essentiellement réalisée pour les actionnaires] celle qu'impose à cette entité une autorité publique, non associée de cette entité, en faveur de collectivités territoriales qui ne sont pas non plus associées de ladite entité et n'exercent aucun contrôle sur elle, cette dernière activité devant être considérée comme exercée pour des tiers* » (déc. préc., point 38).

En l'espèce, il s'agissait d'un mécanisme spécifique du droit italien, grâce auquel la Région des Abruzzes a fait obligation à la Cogesa de traiter et de valoriser les déchets urbains de certaines communes non-actionnaires de l'entreprise (déc. préc., point 13). La Cour a considéré que le volume des activités réalisées dans ce cadre doit être pris en compte au titre des activités exercées au profit de tiers. La décision peut surprendre, dans la mesure où l'activité en cause ne traduit apparemment pas la volonté de la société de s'affranchir de ses actionnaires, mais qu'elle résulte d'une contrainte extérieure. L'objectif de la Cour semble être, une fois de plus, de limiter encore un peu le champ d'application de la théorie des prestations intégrées, en se fondant sur une approche purement organique de la théorie des prestations intégrées. Seul est pris en compte le fait que l'entreprise agit pour le compte d'un tiers, quelles que soient les modalités de cette action.

Au vu de ces développements jurisprudentiels, il ne semble pas inapproprié de souligner que la position très restrictive retenue par le législateur français à l'encontre des SPL(A) protège efficacement les collectivités territoriales contre les insécurités juridiques liées à la mise en œuvre de la théorie des prestations intégrées. Les sociétés publiques locales (éventuellement d'aménagement) ont en effet l'obligation d'exercer « *leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* » (CGCT, art. L. 1531-1)[1]. Cette approche a le mérite de résoudre les difficultés liées à l'appréhension matérielle du critère de l'essentiel de l'activité. En cela, elle doit être maintenue, même si elle peut paraître excessive à certains auteurs, en ce qu'elle apporte une limitation excessive à la liberté contractuelle (v., not., C. Deves, « Les SPL interdites d'activités accessoires ? », JCP A, 2016, n° 39, 2246). Elle a d'ailleurs été implicitement confirmée par le juge administratif, qui a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 1531-1 du CGCT, au motif que les limitations mises en place par la loi « *sont directement liées à la possibilité offerte d'échapper aux principes de la commande publique* » (TA

[1] La possibilité, ouverte par la loi du 28 février 2017, d'intervenir « *pour le compte d'une société publique locale d'aménagement d'intérêt national sur laquelle au moins un de leurs membres exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* » ne remet pas fondamentalement en cause le principe général d'interdiction des interventions auprès de tiers (CGCT, art. L. 1531-1, tel que modifié par l'art. 47 de la loi n° 2017-257 relative au statut du Paris et à l'aménagement métropolitain).

Clermont-Ferrand, 29 mars 2016, 1600426, SPL SEMERAP, consid. 6 ; confirmé par CE, 22 juill. 2016, n° 398748, SPL SEMERAP) et que, « *si la solution législative française est un peu plus stricte que la jurisprudence communautaire, elle est apparue plus opportune pour le législateur national* » (déc. préc., consid. 5). Ce dernier a fait le choix de la sécurisation du recours à la théorie des prestations intégrées en limitant – drastiquement il est vrai – leur liberté. Il est vrai que l'avis du juge constitutionnel sur cette question aurait été intéressant, car la loi apporte une limitation importante au principe constitutionnel de liberté contractuelle (sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, v. Cons. const., déc. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC).

II. L'approche temporelle : la détermination du commencement de l'*in house*

La seconde question posée au juge européen porte sur la date à partir de laquelle il est possible de considérer que la relation *in house* est effective. La Cour innove en permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'anticiper les effets de l'*in house*, quitte à ce que l'appréhension de la théorie soit encore un peu complexifiée. Elle apporte par contre une précision attendue sur les effets que peut produire un pacte d'actionnaires.

A. L'*in house* en puissance

La question centrale posée au juge était celle de savoir si, pour la détermination de l'essentiel des activités réalisées au projet des pouvoirs adjudicateurs disposant d'un pouvoir de contrôle analogue, il est possible de prendre en compte les relations entretenues avec ceux des actionnaires qui n'étaient pas encore dans une situation de contrôle analogue, mais qui allaient le devenir. La question semble complexe au premier abord, mais ces enjeux sont assez aisés à saisir. Pour qu'une relation *in house* soit établie, il est certes nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle analogue – éventuellement conjoint – de l'entité, mais encore faut-il que celle-ci exerce ses missions essentiellement à leur profit. Dès lors, la question revient à se demander si, pour le calcul de ce second critère, il est possible de prendre en compte les activités exercées au profit des actionnaires dans une situation de contrôle analogue *en puissance* – c'est-à-dire avant que ce contrôle ne devienne effectif – ou si, au contraire, il faut attendre que l'*in house* se mette progressivement en place. La Cour avait donc à se pencher – pour la première fois à notre connaissance – sur la date de commencement de l'*in house* dans le cas – assez particulier au regard du droit français – où une entreprise deviendrait un prestataire intégré en cours de vie sociale.

La Cour adopte une approche *a priori* assez permissive en considérant que, pour le calcul de l'essentiel de l'activité, « *il convient de prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, parmi lesquelles peut figurer l'activité que cette entité adjudicataire a réalisée pour ces mêmes collectivités territoriales avant qu'un tel contrôle conjoint ne soit devenu effectif* » (déc. préc., point 42). La fiction d'*in house* retenue est louable, en ce qu'elle apporte de la souplesse à la reconnaissance de la théorie dans le cas – très particulier – d'une société devenue *in house* en cours de vie sociale. Il est alors possible de prendre en compte les activités de la société exercées avant que le contrôle analogue soit devenu effectif. Le juge apprécie la

potentialité des relations que la société est susceptible de nouer avec ses actionnaires. Il évalue le critère de l'essentiel de l'activité de façon abstraite. L'intérêt de cette analyse est évident : si le juge ne recourait pas à cette fiction, la reconnaissance de l'*in house* ne serait possible qu'après plusieurs années, pour laisser le temps à la société de démontrer qu'elle intervient concrètement et essentiellement pour ses actionnaires. Cela réduirait d'autant l'attractivité de la théorie, en retardant sa mise en œuvre.

Cette approche, si elle assouplit en apparence les conditions de reconnaissance de l'*in house*, en permettant d'en avancer les effets, risque par contraste de donner lieu à des dérives. Dans le raisonnement du juge, « *les activités passées peuvent constituer un indice de l'importance de l'activité que (l'entreprise) projette d'exercer pour ses autorités territoriales associées après que le contrôle analogue a pris effet* » (déc. préc., consid. 41). Cette approche doit rester d'interprétation stricte, car le juge se place au moment de la signature du contrat pour vérifier si, dans le passé, la société a déjà travaillé avec le pouvoir adjudicateur.

Plus qu'une anticipation de la relation *in house* (v. en ce sens M. Karpenschif, « Après le "contrôle analogue", "l'essentiel des activités" », JCP A, 2017, n° 2, 2015), le juge procède à une validation (au sens d'homologation) du critère de l'essentiel de l'activité. Il intègre fictivement dans le volume de son calcul des activités qui ont pourtant été concrètement réalisées pour des entités qui étaient, à l'époque de leur réalisation, des tiers de la société au sens de la théorie des prestations intégrées. Ces activités ne seront pas considérées comme étant réalisées pour des tiers, alors même qu'elles n'étaient pas matériellement réalisées pour des pouvoirs adjudicateurs disposant d'un pouvoir de contrôle analogue. Malgré l'appel d'air qu'une telle décision est susceptible de créer auprès de certains acteurs locaux, il nous semble inenvisageable de mobiliser cette jurisprudence pour anticiper une future (et hypothétique) prise de participation ou reconnaissance d'un *in house*. Sous couvert de simplification, le juge ne participe pas à la meilleure compréhension de la théorie des prestations intégrées par les acteurs publics.

B. L'utilité du pacte d'actionnaires pour la reconnaissance de l'*in house*

L'une des questions – à laquelle la Cour ne répond pas – portait sur la réalité du contrôle analogue de la société. La société Undis contestait en effet la réalité du contrôle analogue au moment de la signature du contrat, considérant que celui-ci n'avait été établi que grâce à la signature d'une convention spécifique entre la société et ses actionnaires. La Cour ne répond pas à cette question, concentrant son analyse sur l'analyse du critère de l'essentiel des activités. Mais sa décision est également intéressante en ce qu'elle fournit une avancée sur les connaissances des actes permettant l'établissement d'un contrôle analogue. Dans le cas d'un pluricontrôle public d'une entité *in house*, la jurisprudence *Econord SpA* avait déjà établi le fait que s'il « *n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée, et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint* » (CJUE, 29 nov. 2012, C-182/11, point 30). La difficulté réside alors dans l'appréciation des conditions de ce contrôle conjoint, qui doit traduire une « *influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes* »

(id., point 33). Le critère est satisfait « *lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité* » (id.), laissant l'interprétation de la notion de participation et de ses modalités de mise en œuvre à l'appréciation des juridictions nationales.

En réponse à ce positionnement, les collectivités territoriales (françaises en tout cas) ont développé l'habitude d'adopter des pactes d'actionnaires, distincts des contrats de société, précisant les modalités concrètes du contrôle analogue – en particulier quels sont les pouvoirs renforcés des actionnaires. La question de l'efficacité de tels documents pour la reconnaissance d'une prestation intégrée n'a jamais été tranchée par la jurisprudence. La décision *Undis* apporte une réponse partielle – parce qu'indirecte – à cette question. En effet, le juge accepte de considérer la convention du 30 octobre 2014 comme point de départ de la relation *in house*. Cependant, il ne précise pas en quoi cette convention permettait concrètement et effectivement aux actionnaires d'exercer un contrôle analogue. Cela semble relever de la seule compétence des juridictions nationales. Il faut cependant relever qu'il ne ferme pas la possibilité qu'un tel pacte puisse produire des effets, même si l'avocat général Cruz Villalon a, dans une autre affaire, attiré l'attention de la Cour sur le fait que « *l'efficacité juridique du pacte d'actionnaires (…) peut être discutable* » (Concl. sur CJUE, 29 nov. 2012, C-182/11, Econord SpA, point 54) et qu'un *« pacte d'actionnaires introduisant des changements purement "cosmétiques" ou symboliques dans les organes de gestion de la société ne semble pas suffisant pour garantir cette effectivité* » (concl. préc., point 65). Il n'en demeure pas moins que la Cour, dans la décision *Undis*, s'appuie sur l'existence d'un tel pacte et légitime de ce fait, une pratique déjà largement développée. Pour être efficaces, de tels pactes devront prévoir des dispositions telles que la participation aux organes de direction (CJUE, 29 nov. 2012, Econord SpA ; CE, 6 nov. 2013, 365079, Commune de Marsannay-la-Côte) ; l'exercice des fonctions de direction de la société[2] ; des obligations de transmission de certains actes importants pour la vie sociale, en vue de leur approbation préalable par les actionnaires (budget, bilan, comptes, etc.) ; la détention d'un pouvoir de nomination des commissaires aux comptes et de contrôle de leurs activités, etc.

Au final, la jurisprudence sur la théorie des prestations intégrées se densifie et se complexifie d'année en année. Mais la portée de la décision *Undis* dans le cadre français ne doit pas être surestimée. Il sera intéressant de voir si le législateur français décide de s'emparer de cet assouplissement pour modifier les dispositions du CGCT dans un sens plus favorable aux collectivités territoriales actionnaires. Une telle évolution ne nous semble pas souhaitable, au moins dans un premier temps, car la jurisprudence européenne pourrait encore connaître d'autres évolutions déroutantes à l'avenir.

[2] Les actionnaires sont d'ailleurs invités à préférer une organisation sociale de type moniste – avec conseil d'administration et directeur général – dans laquelle le représentant d'une collectivité exerce les fonctions de Président-directeur général, P-DG. À défaut, « une direction générale aux pouvoirs étendus combinée à des réunions peu fréquentes du conseil d'administration rend l'exercice du contrôle analogue par les représentants élus des collectivités peu probant » (*CRTC Nord Pas-de-Calais Picardie, ROD 19 janv. 2016, SPL des transports intercommunaux de Sambre-Avesnois, p. 6*