HAL
open science

Société publique locale et in house : si proche, si loin...

Sébastien Brameret

To cite this version:

Sébastien Brameret. Société publique locale et in house : si proche, si loin.... La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2014, 1-2, pp.2002. hal-02025481

HAL Id: hal-02025481

https://hal.science/hal-02025481v1

Submitted on 19 Feb 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.

SPL et *in house* : si proche, si loin…

Sébastien Brameret,
maître de conférences,
vice-doyen, chargé des relations internationales,
membre du Groupe de recherches en droit public économique (GRDPE),
université Grenoble Alpes

En créant des sociétés à capital intégralement public, le législateur a semblé mettre les collectivités territoriales et leurs groupements en conformité avec la jurisprudence européenne relative aux prestations intégrées. Le Conseil d'État rappelle pourtant que la détention d'une fraction très minoritaire du capital social ne permet pas d'assimiler la société à l'un de ses prestataires intégrés. Il précise par ailleurs que la violation des conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée n'est pas susceptible de conduire à la résolution du contrat, mais simplement à sa résiliation.

CE, 6 novembre 2013, n° 365079, Commune de Marsannay-la-Côte

À quelles conditions une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut-il recourir au service d'une société à capital intégralement public sans mise en concurrence ? C'est à cette question que le Conseil d'État est venu, pour la première fois, apporter des précisions utiles, par un arrêt du 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*. La solution retenue par le Conseil d'État n'a cependant rien de très étonnant, le juge administratif se plaçant dans la continuité de la jurisprudence européenne la plus récente (*v. en particulier CJUE, 29 novembre 2012, Econord SpA, C-182/11 et C-183/11, JCPA,* ***2009, note Brameret***).

Par une délibération du 25 octobre 2012, le conseil municipal de Marsannay-la-Côte a attribué à la Société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (SPLAAD) la concession d'aménagement du quartier de Saint-Urbain. Constituée sur le modèle de la société publique locale d'aménagement de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, la SPLAAD regroupe treize actionnaires – douze collectivités territoriales et un groupement de collectivités territoriales. Elle a pour caractéristique principale d'avoir un actionnariat éclaté entre trois catégories d'actionnaires : le Grand Dijon, actionnaire majoritaire avec près de 70 % du capital ; deux collectivités territoriales détenant chacune près de 11 % du capital ; le reste des collectivités territoriales, ne disposant qu'environ 1 % du capital (source : *www.eplaad.com*).

Le choix de la société ayant été réalisé sans mise en concurrence préalable, l'Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte et le Syndicat de défense des intérêts viticoles de Marsannay-la-Côte saisirent le juge administratif pour faire annuler la procédure de passation de la convention. En appel, la Cour administrative d'appel de Lyon fait droit aux demandes des requérants : la délibération autorisant la conclusion du contrat avec la SPLAAD est annulée et le juge ordonne que les parties procèdent à la résolution amiable de la convention ou, à

défaut, saisissent le juge du contrat (*CAA Lyon, 7 novembre 2012, Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte, n° 12LY00811, JCPA,* ***2009, note Brameret***). Saisi en cassation, le Conseil d'État censure partiellement la décision d'appel. La question posée était celle de savoir dans quelle condition une commune, actionnaire très minoritaire d'une société publique locale, peut exercer sur celle-ci un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, lui permettant d'attribuer sans mise en concurrence une concession d'aménagement à la société, en application de l'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme. Le juge administratif reprend le raisonnement de la cour administrative d'appel, mais n'en partage pas totalement les conclusions : il précise ainsi les conditions de reconnaissance des prestations intégrées (I), mais atténue les conséquences de leur violation (II).

I. Les conditions de reconnaissance des prestations intégrées précisées

Le Conseil d'État confirme l'analyse de la cour administrative d'appel quant à l'absence de relation *in house* entre la commune et la société. Pour affirmer que la Commune de Marsannay-la-Côte n'exerçait pas sur la SPLAAD un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, le juge procède à l'analyse détaillée du fonctionnement des organes dirigeants de la société. Pour le juge, la commune « *d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de cette société, approuve les concessions d'aménagement, et n'y a voie délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, qu'elle ne peut seule, requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour, selon l'article 27 des statuts, dès lors qu'elle détient moins de 5 % du capital de la société, et, enfin, qu'aucun des organes au sein desquels elle est directement représentée, que sont l'assemblée spéciale des petits actionnaires, le comité technique et financier et le comité de contrôle, ne disposent, en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à cette société, d'un pouvoir décisionnaire* » (*CE, 6 novembre 2013, op. cit., cons. 6*). Le Conseil d'État reprend ainsi le raisonnement de la cour administrative d'appel, selon laquelle la commune « *ne peut donc être regardée comme exerçant (…) un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, dès lors qu'elle n'exerce, personnellement, aucun contrôle* » (*CAA Lyon, 7 novembre 2012, op. cit., cons. 11*).

L'arrêt du 6 novembre 2013 s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence européenne. Selon la jurisprudence *Teckal,* les principes européens issus des directives « marchés » (*Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 et directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 : JOUE, L. 134, 30 avril 2004*) ne peuvent être écartés qu'à la double condition que « *la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* » et que « *cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* » (*CJCE, 18 novembre 1999, Teckal SRL, C-107/98, point 50*). Le cocontractant conserve une existence juridique propre, mais doit être dédié à la satisfaction des besoins de la personne publique. La prestation intégrée suppose que l'indépendance statutaire soit compensée par la dépendance fonctionnelle du partenaire contractuel. Reprenant ces critères, le législateur a autorisé les collectivités territoriales ou leurs groupements à créer de tels

organismes, supposés être des prestataires par nature intégrés à leurs actionnaires publics : les sociétés publiques locales d'aménagement (*Loi nº 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement : JORF, 16 juillet 2006 p. 10662, AJDA, 2006, p. 2371 et s., note Peltier*) et les sociétés publiques locales (*Loi nº 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : JORF, 29 mai 2010, p. 9697 ; JCPA, 2010, comm. 2229, note Devès ; AJDA, 2010, p. 1759 et s., note Nicinski ; RLCT, 2010, nº 60, Dossier spécial*).

Faisant montre d'un grand pragmatisme, la jurisprudence européenne a progressivement précisé les conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée. Ainsi, la détention publique de l'intégralité du capital social d'une société commerciale n'est-elle qu'un indice de l'existence d'un contrôle analogue (*CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo, C-340/04, pt 38*). Ses modalités doivent être précisées en cas de pluricontrôle public de la société, en particulier dans les relations entre les actionnaires minoritaires et la société. Le juge a ainsi établi une distinction entre contrôle analogue et contrôle identique : il est nécessaire qu'il « *soit analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais non pas qu'il soit identique en tout point à celui-ci* » (*CJCE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant SPRL c/ Commune d'Uccle, C-324/07, pt 46*). Si le contrôle peut être morcelé entre différentes collectivités, il faut néanmoins que chaque collectivité puisse démontrer la réalité de sa domination propre sur l'entreprise. Pour ce faire, le juge relève 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 novembre 2012, Econord SpA c/ Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate, C-182/11 et C-183/11, pt 30*). La difficulté réside alors dans l'appréciation des conditions de ce contrôle conjoint. Sur ce point, la Cour reprend un raisonnement classique, et transpose le critère de « *l'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes* » de la société à la situation du pluricontrôle public (*CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, C-458/03, pt 65*). De façon expresse, elle précise que le critère du contrôle analogue est satisfait « *lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité* » (*CJUE, 29 novembre 2012, Econord SpA, op. cit., pt 33*). Elle laisse en revanche l'interprétation de la notion de « *participation* » aux organes de direction de la société à l'appréciation des juridictions nationales.

Par sa décision *Commune de Marsannay-la-Côte*, le Conseil d'État s'inscrit directement dans la continuité de la jurisprudence européenne, dont il reprend presque la lettre. Ainsi, « *pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, [chaque] collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de cette société* » (*CE, 6 novembre 2013, op. cit., cons. 5*). Dans l'affaire de la SPLAAD, le Conseil d'État a considéré que la participation de la Commune de Marsannay-la-Côte aux organes de direction de la société était insuffisante pour caractériser l'existence d'un contrôle analogue (*CE, 6 novembre 2013, op. cit., cons. 6*). Dès lors, il confirme l'annulation de la délibération communale autorisant la passation de la convention sans mise en concurrence. Ce faisant, le juge administratif souligne les limites du recours à ce type de société, dès

lors qu'un grand nombre de collectivités ou de groupements souhaitent établir des relations contractuelles par application de la théorie des prestations intégrées. Dans ces sociétés, chaque collectivité territoriale doit être représentée (*article L. 1524-5 du CGCT*), le nombre de sièges détenus par les actionnaires étant proportionnel à la participation au capital (*article L. 1524-5 du CGCT*), sans pouvoir toutefois dépasser le nombre de dix-huit (*articles L. 225-17 et L. 225-69 du code de commerce*). Lorsque la société comporte plus d'actionnaires qu'il n'y a de sièges disponibles, les actionnaires très minoritaires sont réunis dans une « *assemblée spéciale* » (*article L. 1524-5 du CGCT*), qui dispose d'un siège dans les organes délibérants de la société. De la même sorte, et même dans le cas où la société comporte moins de 18 actionnaires, les petits actionnaires de sociétés commerciales de droit commun ne disposent généralement pas de sièges propres au sein des organes de direction, mais sont représentés par une assemblée spéciale. En effet, il s'agit d'éviter qu'ils bénéficient d'un pouvoir disproportionné au regard de la faiblesse de leur actionnariat. La SPLAAD est, par exemple, constituée autour de treize actionnaires, dont les trois principaux détiennent près de 90 % du capital social. Dans l'hypothèse où son conseil d'administration contiendrait 18 sièges (limite maximale autorisée par la loi), 11 reviendraient à des actionnaires représentant, ensemble, moins 10 % du capital ; ces derniers disposeraient, par contraste, d'un pouvoir de direction beaucoup plus important que celui des actionnaires pourtant ultra-majoritaires.

Les jurisprudences *Econord SpA* et *Commune de Marsannay-la-Côte* excluent, *de facto*, l'ensemble des actionnaires représentés par l'assemblée spéciale du bénéfice de la théorie des prestations intégrées, ceux-ci ne disposant que d'un pouvoir de contrôle très indirect des organes de direction de la société. Elles favorisent ainsi la multiplication de sociétés constituées autour d'un nombre réduit d'actionnaires (trois ou quatre), disposant de pouvoirs de direction renforcés. Il faut alors s'interroger sur la viabilité économique de telles structures, celles-ci exerçant leurs activités « *exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* » (*articles L. 327-1 du code de l'urbanisme pour les SPLA ; L. 1531-1 du CGCT pour les SPL*).

L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État aurait cependant méritée d'être davantage aboutie : le Conseil d'État ne donne pas de définition précise de la notion de « *participation* ». En particulier, le juge ne précise pas ce que recouvre la notion d'organe de direction. Dans les sociétés constituées sous la forme moniste par exemple, la notion d'organe de direction ne désigne que le président du conseil d'administration et le directeur général de la société. Dans les sociétés à capital public, il s'agit de fonctions déterminantes pour la vie de l'entreprise, confiées de ce fait aux représentants des actionnaires majoritaires. Retenir comme critère de contrôle analogue la détention de ces mandats reviendrait, de fait, à priver les actionnaires minoritaires de la possibilité de recourir au service de SPL sans mise en concurrence. De ce point de vue, la jurisprudence mérite des précisions. S'éloignant d'une telle approche rigoriste, il semble ressortir de la décision qu'il est suffisant que les actionnaires détiennent des sièges – et par conséquent des droits de vote – dans les organes de direction ou d'administration de la société. Mais pourrait-on imaginer que le Conseil d'État valide l'existence d'une relation *in house* dans le cas où, par exemple, le représentant de l'actionnaire ne prendrait pas effectivement part au vote, ou ne siègerait qu'épisodiquement dans l'assemblée ?

Rejoignant l'analyse du juge d'appel quant aux conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée, le Conseil d'État s'en éloigne par contre quant à l'appréciation des conséquences de l'annulation de l'acte détachable du contrat sur la poursuite des relations contractuelles.

II. Les conséquences de la violation des prestations intégrées atténuées

Cherchant à faire annuler le contrat passé en violation des règles de mise en concurrence par la Commune de Marsannay-la-Côte avec la SPLAAD, l'Association pour la protection du cadre de vie de Marsannay-la-Côte ne pouvait pas saisir le juge du contrat d'une demande d'annulation, n'étant ni une partie au contrat (*CE, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, GAJA n° 118*), ni un tiers évincé de la procédure de passation dudit contrat (*CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux signalisation, GAJA n° 115*). Il ne lui restait alors qu'une voie de droit, la plus classique : saisir le juge de l'excès de pouvoir pour faire annuler l'acte détachable du contrat (*CE, 4 aout 1905, Martin, GAJA n° 15*), puis celui de l'exécution en lui demandant d'enjoindre sous astreinte l'administration de saisir le juge du contrat (*CE, 7 octobre 1994, Époux Lopez, AJDA, 1994, p. 867 et s., chron. Touvet et Stahl, RFDA, 1994, p. 1090 et s., concl. Schwartz, note Pouyaud*), pour que soit prononcée, le cas échéant ou éventuellement, la nullité de ce dernier (*CE, 26 mars 1999, Société Hertz France, AJDA, 1999, p. 427 et s., concl. Stahl, note Bazex, RFDA, 1999, p. 1999 et s., note Pouyaud*).

Le juge de l'exécution dispose par ailleurs d'un pouvoir de modulation lui permettant de choisir entre différentes solutions quant à la poursuite des relations contractuelles. Reprenant l'apport de la jurisprudence *Société Ophrys* (*CE, 21 février 2011, AJDA, 2011, p. 1739, note Vincent-Legoux, BJCP, 2011, p. 133, concl. Dacosta, CMP, 2011, n° 123, note Pietri, DA, 2011, n° 47, note Brenet*), le Conseil d'État rappelle ainsi, dans sa décision du 6 novembre 2013, que, « *l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée* » (*CE, 6 novembre 2013, op. cit., cons. 12*).

La divergence entre juge d'appel et de cassation porte alors sur l'appréciation de la nature de l'illégalité commise par la commune. Pour la cour administrative d'appel, l'absence de mise en concurrence, rendue illégale en raison de l'annulation de la délibération autorisant la passation du contrat avec la société publique locale d'aménagement, est « *d'une particulière gravité* » et justifie que les parties au contrat

résolvent ce dernier à l'amiable ou, à défaut, saisissent le juge du contrat (*CAA Lyon, 7 novembre 2012, op. cit., cons. 15*). Le Conseil d'État estime, au contraire, que ce vice « *ne justifie pas, en l'absence de circonstances particulières, que soit recherchée une résolution de cette convention* » (*CE, 6 novembre 2013, op. cit., cons. 13*). Pour arriver à une telle solution, le juge de cassation estime que le défaut de mise en concurrence « *n'affecte ni le consentement de la personne publique ni le contenu même de la convention* » (*id.*) au sens de sa jurisprudence *Société Lyonnaise des eaux France* (*CE, 10 décembre 2012, DA, 2013, comm. 19, note Brenet, RJEP, 2013, comm. 29, concl. Pellissier*). Il se place ainsi dans une certaine continuité de l'interprétation du critère de la particulière gravité réalisée par le juge du contrat, pour lequel le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence n'ouvre pas droit à la résolution du contrat, sauf si l'illégalité est suffisamment grave et qu'elle a été commise dans des circonstances particulières manifestant une intention frauduleuse (*CE, 12 janvier 2011, SANEF, CMP, 2011, comm. 89, note Pietri*). Elle est toutefois constitutive d'une atteinte d'une gravité suffisante pour que le juge administratif ordonne la résiliation du contrat, en l'absence de régularisation possible ou d'invocation des parties de motif d'intérêt général à son maintien (*CE, 6 novembre 2013, op. cit., cons. 13*). De point de vue, l'arrêt du 6 novembre 2013 s'inscrit dans une tendance plus générale du juge administratif, consistant à faire prévaloir la stabilité des relations contractuelles ou, à tout le moins, à limiter les cas de résolution des contrats en cours, afin d'éviter les recours excessifs à la théorie de l'enrichissement sans cause.

Le non-respect des conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée n'est pas révélateur d'une intention frauduleuse de la part de la collectivité territoriale de contourner les règles de mise en concurrence, pouvant conduire à la résolution du contrat. Le Conseil d'État, dans la décision du 6 novembre 2013, fait ainsi preuve d'une certaine clémence envers les cocontractants, en reconnaissant, en quelque sorte, une forme de bonne foi au bénéfice de la commune. Malgré la faiblesse de son actionnariat et, par conséquent, de son influence sur la société, la commune n'a pas cherché à contourner frauduleusement les règles de la concurrence applicables à ses relations contractuelles avec la société publique locale. La décision apparaît, de ce point de vue, comme un rappel à l'ordre, une mise en garde à peu de frais – la résiliation du contrat – adressée aux collectivités territoriales et à leurs groupements.

Au-delà de la portée pédagogique évidente de l'arrêt du 6 novembre 2013, il faut se demander si une telle solution a vocation à être pérennisée. Une fois les conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée clairement établies par la loi et précisées par la jurisprudence, il n'est pas certain que le juge conserve une appréhension aussi modérée des conséquences du contournement illégal des règles de mise en concurrence par le recours à des prestataires apparemment intégrés. Bien au contraire, il pourrait, dans des situations similaires, considérer que les actionnaires publics ont sciemment, voire frauduleusement, cherché à contourner le *vade-mecum* applicable aux relations *in house*, et ordonner la résolution amiable du contrat ou la saisine au juge du contrat par les acteurs locaux. La jurisprudence *Commune de Marsannay-la-Côte* mérite ainsi une toute attention particulière de la part des collectivités territoriales et de leurs groupements, invités à s'assurer de la réalité du contrôle analogue qu'ils prétendent exercer sur les sociétés publiques locales dont ils sont actionnaires. Elle apporte une précision utile quant aux conditions du contrôle analogue – la nécessité que l'actionnaire soit directement

représentée dans les organes décisionnaires de la société –, mais demeure incomplète en ce qu'elle elle ne permet toujours pas d'en saisir parfaitement le contenu. La décision du 6 novembre 2013 apparaît, de ce point de vue, comme une touche supplémentaire vers une définition de la notion de prestation intégrée.