

CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

Par Mathieu
NOËL
Avocat,
Cabinet Parme Avocats

et Marie
LEFÈVRE-
CORMIER
Avocat,
Cabinet Parme Avocats

SPL et SPLA : attention au critère du contrôle analogue !

La seule participation au capital d'une société publique locale d'aménagement ne permet pas systématiquement à la collectivité de remplir le critère du contrôle analogue, pour recourir aux prestations de cet opérateur sans publicité ni mise en concurrence préalable.

CAA Lyon, 7 nov. 2012, n° 12LY00811, Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte, inédit au Rec. CE

RLCT 2388

La création par la loi des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)⁽¹⁾ et des sociétés publiques locales (SPL)⁽²⁾ devait permettre aux collectivités territoriales actionnaires de recourir aux prestations de ces opérateurs sans publicité ni mise en concurrence préalable au motif de la satisfaction de la règle du « *in house* » et plus précisément du critère du contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leur propres services. Ce dernier critère, pour être satisfait, doit remplir certaines conditions, la Cour administrative d'appel de Lyon affirmant dans un arrêt du 7 novembre 2012 que la seule participation au capital d'une SPLA ne suffisait pas. Il s'agit d'un avertissement pour les collectivités territoriales actionnaires des SPL ou des SPLA qui devront en tenir compte lors de la définition des règles de gouvernance de leurs sociétés en vue de démontrer que chaque collectivité participe effectivement au contrôle conjoint de l'ensemble des actionnaires.

I - LA RECONNAISSANCE D'UN CONTRÔLE ANALOGUE « CONJOINT »

A.- La nécessité d'un actionnariat entièrement public

La possibilité de créer des sociétés d'économie mixte locale (SEML) « *in house* », c'est-à-dire de leur confier des prestations de services à titre onéreux sans se soumettre aux directives communautaires régissant la commande publique et à leurs textes de transposition en droit français, a été refusée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

En effet, pour bénéficier d'une telle dérogation, il importe que le pouvoir adjudicateur exerce sur l'organisme un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services mais également que cet organisme réalise l'essentiel de ses activités pour ce pouvoir adjudicateur. Ces critères posés par la Cour de justice en 1999 (CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal, v. points 50 et 51) ont été précisés par la Cour s'agissant des SEM en particulier⁽³⁾.

Or, dans son arrêt « Stadt Halle » de 2005, le juge communautaire a estimé que « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* » (CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle et RPL Lochau).

Le critère du contrôle analogue requiert, selon la jurisprudence communautaire, un actionnariat entièrement public. Le droit français des SEM imposant un seuil de 15 % minimum d'actionnaires de droit privé (CGCT, art. L. 1522-2), la collectivité ne peut donc pas, si le droit des sociétés est respecté, exercer sur la SEM un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services.

B.- La possibilité d'un contrôle analogue « conjointement » exercé sur l'opérateur par des actionnaires publics

Dans la logique de sa jurisprudence pour laquelle la seule présence d'un actionnaire privé dans la société adjudicataire empêche de considérer le critère du contrôle analogue comme rempli, la Cour de justice a retenu, dans un arrêt « Carbotermo SpA » de 2006, qu'à l'inverse, l'absence d'actionnaires privés pouvait constituer une présomption que le critère du contrôle analogue était rempli : « *la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur*

(1) L. n° 2006-872, 13 juill. 2006, portant engagement national pour le logement.

(2) L. n° 2010-559, 28 mai 2010, pour le développement des sociétés publiques locales.

(3) Par la suite, la Cour a confirmé cette jurisprudence : CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) ; CJCE, 10 nov. 2005, aff. C-29/04, Commission c/ Autriche, v. point 34 ; CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei, v. point 33.

cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » (CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04 Carbotermo SpA, v. points 33 et s.).

Par des arrêts ultérieurs du 19 avril 2007, « Asemfo » et du 13 novembre 2008, « Coditel Brabant », le contrôle conjoint des personnes publiques sur la société dont elles détiennent ensemble la totalité du capital a été reconnu comme analogue à celui exercée par ces personnes publiques sur leurs propres services. Le fait déterminant en termes de gouvernance relevé par la Cour est que « les décisions relatives aux activités d'une société coopérative intercommunale détenue exclusivement par des autorités publiques sont prises par des organes statutaires de cette société composés de représentants des autorités publiques affiliées » (CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, Asemfo, v. points 58 et s. ; CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel Brabant, v. point 42).

Dans l'arrêt « Sea srl » de 2009 (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-573/07), la notion de « contrôle conjoint » est encore développée, dans un cas d'espèce où se posait déjà la question de savoir si une commune ayant eu une participation minoritaire au capital d'une société pouvait satisfaire au critère du contrôle analogue. La Cour « n'exige pas que le contrôle exercé sur la société adjudicataire (...) soit individuel » au motif que les autorités publiques doivent toujours avoir la possibilité de recourir à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de services publics, et que pour ce faire, elles peuvent s'associer avec d'autres personnes publiques. Exiger un contrôle individuel déterminant sur les décisions de la société et exclure la possibilité d'un contrôle conjoint reviendrait en réalité à considérablement enfreindre ces deux libertés.

La Cour admet donc la possibilité d'un « contrôle conjoint » de l'ensemble des actionnaires sur la société auquel participerait l'actionnaire minoritaire avec d'autres personnes publiques, et qui permettrait de satisfaire au critère du contrôle analogue pour bénéficier du « *in house* », sans exiger la démonstration d'un contrôle « individuel ».

Dans ce prolongement, il a pu être considéré que dès lors que le contrôle « conjoint » de l'ensemble des actionnaires sur la société était caractérisé, l'ensemble des actionnaires bénéficiait à titre individuel du « *in house* » dans leur relation avec la SPL. Ainsi si la gouvernance de la SPL devait permettre la démonstration d'un contrôle collectif des actionnaires sur la SPL, il n'était pas distingué entre collectivités ultra minoritaires et collectivités majoritaires dans l'exercice de ce contrôle.

L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon précité durcit l'acception du contrôle analogue en recherchant si chaque collectivité actionnaire, individuellement, satisfait à la condition du critère du contrôle analogue par sa participation effective au contrôle conjoint.

C.- Les préconisations du Gouvernement pour assumer l'effectivité du contrôle analogue et conjoint

La circulaire ministérielle du 29 avril 2011 sur le régime juridique des SPL et des SPL a rappelé que la détention du capital d'une société par des actionnaires publics exclusivement « tend à indiquer, sans être décisive » que le critère du contrôle analogue est rempli (Circ. 29 avr. 2011, NOR : COTB1108052C).

La jurisprudence communautaire liant l'existence d'un contrôle analogue à la capacité d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'entité (CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen), la circulaire met en garde que « seul un examen au cas par

cas des statuts permettra de déterminer le degré de contrôle des collectivités sur chaque société publique locale ou société publique locale d'aménagement ».

La circulaire, après avoir rappelé les modalités de contrôle déjà prévues par le Code général des collectivités territoriales (CGCT, art. L. 1524-1 et L. 1524-5), conclut que « ces dispositions n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le respect systématique du critère du contrôle analogue », et « que les statuts et règlement intérieurs des SPLA et SPL devront prévoir des modalités de contrôle renforcé par les collectivités actionnaires sur les organes de gestion de la société ».

La circulaire ne semble viser que la garantie que les personnes publiques actionnaires puissent exercer collectivement sur la SPL l'influence déterminante qui caractérise le contrôle analogue au sens de la jurisprudence communautaire, sans attacher d'importance au rôle individuel de chaque actionnaire quant à la participation au contrôle conjoint.

La circulaire attire en effet l'attention sur la seule nécessité d'une influence collective des collectivités.

Elle prend à titre d'exemple « certains statuts de SPLA existantes qui prévoient la création de comité de pilotage, composés d'un représentant de chaque collectivité actionnaire, chargés d'examiner les nouveaux dossiers proposés à la société et d'en proposer l'engagement au conseil d'administration ou de surveillance, et de comités de contrôle, composés de la même manière et institués pour chaque opération ou mission engagée par la société afin de vérifier la conformité de l'exécution des contrats passés avec les objectifs fixés. »

Cet exemple ne met donc en exergue qu'un rôle consultatif pour ces comités qui « examinent » et « proposent ».

Aujourd'hui, l'arrêt de la CJUE en date du 29 novembre 2012 et l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon en date du 7 novembre 2012 viennent préciser cette interprétation et montrer ces limites, en retenant que chaque collectivité, individuellement, doit être en mesure d'exercer et de participer effectivement au contrôle conjoint défini ci-dessus.

II - UN CONTRÔLE STRICT SUR LA RÉALITÉ ET L'EFFECTIVITÉ DE LA PARTICIPATION AU CONTRÔLE CONJOINT

A.- La position récente du juge communautaire et du juge administratif

L'arrêt de la CJUE « EconordSpA » (CJUE, 29 nov. 2012, aff. C-182/11 et C-183/11, EconordSpA) a pour intérêt de préciser que la reconnaissance d'un contrôle conjoint de l'ensemble des collectivités publiques actionnaires sur la société doit être interprétée comme suit :

– « il n'est 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 ».

Dans cette affaire, il s'agissait d'une société italienne dont le capital social était divisé en 173 785 actions de un euro chacune de valeur nominale. Une commune – la commune de Varese –, détenait la majorité du capital avec 173 467 actions. Les 318 actions restantes étaient réparties entre 36 communes, les participations individuelles de celles-ci variant entre une et dix-neuf actions.

La très faible participation au capital des 36 communes ne permet *a priori* pas à celles-ci de participer effectivement au contrôle de la société, sauf à accepter « une voie de contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services dès lors qu'une affiliation purement formelle à une telle entité dispenserait des obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Cependant, l'arrêt relève, alors qu'il s'agissait d'une question préjudicielle, qu'il « appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la souscription d'un pacte d'actionnaires leur conférant le droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes et de désigner un accord avec un conseiller d'administration (...) est de nature à permettre à ces communes de contribuer effectivement au contrôle » de la société.

Ainsi, la Cour relève que c'est à travers un faisceau d'indices (participation au capital, participation aux organes de direction, etc.) qu'il faut vérifier l'effectivité de la participation de l'actionnaire minoritaire au contrôle conjoint.

Quant à l'arrêt rendu le 7 novembre 2012 par la Cour administrative d'appel de Lyon, il vise aussi une participation ultra minoritaire au capital comme un obstacle à la participation effective au contrôle conjoint.

Le juge d'appel rejette l'exception du « *in house* » pour un actionnaire minoritaire d'une SPLA qui a confié à celle-ci, sans mise en concurrence, une concession d'aménagement pour les motifs suivants :

« Considérant que la commune de Marsannay-la-Côte, qui ne détient que 1,076 % du capital de la SPLAAD, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, (...); que la commune y était seulement représentée à la date de l'acte attaqué, indirectement, par le maire de la commune de Quetigny, qui intervenait au nom de l'assemblée spéciale, comprenant plusieurs autres communes membres; que la commune de Marsannay-la-Côte ne peut, seule, requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour (...);

Considérant que la commune de Marsannay-la-Côte participe directement au comité technique et financier (...); que si (...) cet organe dispose d'un droit de veto pour faire obstacle à la conclusion d'une concession d'aménagement, son avis favorable n'a toutefois pas pour effet d'imposer au conseil d'administration d'autoriser la conclusion d'une telle convention; que, si elle participe également directement au comité de contrôle, cette instance, chargée de vérifier la conformité de l'exécution des contrats passés en vue de la préparation et de la réalisation des opérations d'aménagement (...) ne peut qu'émettre des propositions et est dénuée de pouvoir décisionnaire;

Considérant qu'au regard de l'ensemble de ces éléments, la commune de Marsannay-la-Côte ne peut participer directement à l'édiction des décisions importantes de la société publique d'aménagement; qu'elle ne peut donc être regardée comme exerçant, même conjointement avec les autres collectivités détenant le capital de la SPLAAD, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, dès lors qu'elle n'exerce, personnellement, aucun contrôle ».

L'arrêt retient donc l'impossibilité pour la commune de bénéficier du « *in house* » compte tenu de :

- la très faible participation au capital;
- l'absence d'un représentant propre au sein du conseil d'administration et la seule représentation indirecte par un élu d'une autre commune;
- l'impossibilité pour la commune de requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour;
- la participation à un comité consultatif qui rend un avis sur les projets mais dont l'avis favorable n'a pas pour effet

d'imposer au conseil d'administration de mettre en œuvre le projet;

- la participation à un comité de contrôle qui n'a pas de pouvoir décisionnaire.

B.- Les préconisations sur l'organisation d'une gouvernance favorisant la reconnaissance du contrôle analogue

La SPL étant une société anonyme, le nombre des administrateurs est limité par le Code de commerce à une fourchette de trois à dix-huit, alors que le nombre d'actionnaires n'est lui pas limité. De plus, comme pour les SEML, il existe pour les SPL une règle de proportionnalité entre la part de capital détenue par chaque collectivité et les sièges au conseil d'administration ou de surveillance (CGCT, art. L.1524-5).

Tenant compte de ces contraintes de gouvernance, de nombreuses SPLA ont été créées avec quelques collectivités actionnaires importantes et un ensemble de collectivités détenant de très faibles participations individuelles au capital et regroupées en assemblée spéciale, représentée par un ou deux administrateurs au conseil d'administration, conformément aux dispositions de l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales.

Ces collectivités se sont souvent vues toutefois confier un siège dans des comités consultatifs, appelés comité de contrôle, comité d'engagement ou comité de contrôle et d'engagement. Ces comités ayant seulement vocation à donner un avis, ils n'exercent pas de pouvoir décisionnaire sur la société, celui-ci étant entièrement détenu par le conseil d'administration pour la forme moniste, et par le conseil de surveillance pour la forme dualiste.

L'arrêt de la Cour administrative d'appel censure aujourd'hui une telle gouvernance comme insuffisante pour faire bénéficier du « *in house* » les collectivités détenant une participation ultra minoritaire.

Pourtant, reste la contrainte d'un nombre maximal d'administrateurs égal à dix-huit. Face à l'impossibilité de contourner cette contrainte, certaines situations ou dispositifs pourraient permettre de réduire au minimum le risque juridique qu'emporte l'absence de publicité et de mise en concurrence pour les actionnaires très minoritaires :

- des SPL détenues uniquement par des collectivités ayant chacune une participation significative au capital, leur donnant un siège au conseil d'administration (minimum 1/18 du capital);
- des SPL, dont les organes de direction classiques sont encadrés par des comités regroupant les actionnaires ayant un réel pouvoir décisionnaire (avis conforme et obligatoire), et dans lesquels les règles de représentation permettent à tous les actionnaires, même ultra-minoritaires, de siéger;
- la faculté pour chaque actionnaire de mettre des points à l'ordre du jour des assemblées générales et des conseils d'administration, quelle que soit sa part de capital détenue.

Il pourrait aussi être imaginé que des agents de direction des collectivités territoriales actionnaires siègent au sein des comités ayant un pouvoir décisionnaire. Cela permettrait d'éviter que soient exclusivement nommés dans ces comités des élus qui sont déjà des représentants des collectivités actionnaires au conseil d'administration ou de surveillance. Ces élus se retrouvent en effet dans la délicate position du contrôlé et du contrôleur, ce qui ne constitue pas une bonne pratique pour assurer l'autonomie et le pouvoir de contrôle des comités sur les organes de direction de la SPL. ♦