

AJ Collectivités Territoriales 2016 p.633

La reconnaissance d'un contrôle analogue de l'actionnaire majoritaire sur la SPL pour le compte des autres actionnaires minoritaires

Arrêt rendu par Cour administrative d'appel de Bordeaux

18-07-2016
n° 15BX00314

Sommaire :

Une collectivité territoriale peut conclure, sans publicité ni mise en concurrence préalable (exception *in house*), une convention de délégation de service public avec une société publique locale (SPL) dont elle est actionnaire majoritaire.

En effet, la condition du contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services est remplie dès lors que l'actionnaire majoritaire détient la quasi-totalité du capital social de la SPL et qu'il a le pouvoir de désigner les représentants du conseil d'administration et le directeur général. (1)

Texte intégral :

« [...] Si la société Omnium de gestion et financement soutient que l'insuffisance de représentation des actionnaires minoritaires ne permettait pas à la commune de La Rochelle d'exercer sur la société publique locale un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services, il résulte de l'instruction que la commune dispose de la quasi-totalité du capital social et a le pouvoir de désigner tant les membres du conseil d'administration que le directeur général ; elle exerce ainsi sur la société publique locale, pour son compte et celui des autres actionnaires, un contrôle comparable à celui exercé sur ses propres services. Par suite l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales a pu régulièrement la dispenser de procéder à une mise en concurrence qui aurait permis à la société Omnium de gestion et financement de faire acte de candidature. En l'absence de mise en concurrence, la société Omnium de gestion et financement, qui de ce fait ne pouvait présenter de candidature, ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour agir contre les délibérations du 12 décembre 2011. Sa requête devant le tribunal administratif était ainsi irrecevable et devait par suite être rejetée ».

Demandeur : Omnium de gestion et financement (Sté)

Texte(s) appliqué(s) :

Code général des collectivités territoriales - art. L. 1411-12

Mots clés :

ACTION ECONOMIQUE LOCALE * Société publique locale * Création * Gestion * Concurrence * In house
COMMANDE PUBLIQUE ET CONTRAT * Délégation de service public * Passation * Contrôle

(1) Dans cette affaire, la commune de La Rochelle a créé avec trois autres communes, les communes de Puilboreau, Perigny et Aytres, la SPL Aunis pour la gestion du service extérieur des pompes funèbres et du crématorium.

Par la suite, seule la commune de La Rochelle, actionnaire très largement majoritaire, a confié à la SPL la gestion de son service public extérieur des pompes funèbres et du crématorium dans le cadre d'une convention de délégation de service public en application des dispositions de l'article L. 1411-12 du CGCT qui dispensent de mise en concurrence préalable dès lors que la personne publique exerce sur la SPL un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

C'est dans ce contexte que la société Omnium de gestion et financement (OGF) a demandé l'annulation de deux délibérations du 12 décembre 2011 prises par la commune de La Rochelle, à savoir la délibération ayant autorisé la création d'une société publique locale funéraire dénommée « Pompes funèbres publiques des communes associées - Aunis » et approuvé ses statuts, et la délibération ayant prononcé la dissolution de la régie chargée de la gestion du service public extérieur des pompes funèbres et du crématorium, et délégué à cette SPL nouvellement créée la gestion de ce service public.

La société OGF contestait l'attribution, sans publicité ni mise en concurrence préalable, de la convention de délégation de service public à la SPL.

Dans son jugement en date du 27 novembre 2014, le tribunal administratif de Poitiers a annulé les délibérations contestées et enjoint à la commune de La Rochelle et à la SPL Aunis de résilier le contrat de délégation de service public extérieur des pompes funèbres et du crématorium dans un délai de six mois à compter de la notification du jugement (TA Poitiers, 27 nov. 2014, n° 1200403, *Société Omnium de gestion et financement*). L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux rendu le 18 juillet 2016 est venu annuler le jugement de première instance. Dans le cadre de son analyse, le tribunal avait considéré, sur la base de l'alinéa 1^{er} des dispositions de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales (dispositions applicables aux SPL par renvoi de l'article L. 1531-1 du même code), comme illégale la création de la SPL en cause, dans la mesure où les trois communes actionnaires minoritaires de la SPL Aunis n'étaient pas chacune représentées par un représentant propre au sein du conseil d'administration de la SPL et que les statuts ne prévoyaient aucun mécanisme permettant à ces actionnaires minoritaires d'être représentés au sein d'instances décisionnaires. Ainsi, à défaut de « contrôle analogue » des actionnaires minoritaires, le tribunal avait considéré que la commune de La Rochelle ne pouvait bénéficier de l'exception *in house* prévue par les dispositions de l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales en déléguant à la SPL Aunis son service public extérieur des pompes funèbres et du crématorium sans publicité ni mise en concurrence.

Cette décision présentait manifestement une erreur de droit dans la mesure où l'alinéa 3 de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales prévoit expressément que si la proportionnalité de détention du capital par les communes actionnaires minoritaires ne permet pas à chacune d'entre elles de disposer d'un siège, il est constitué une assemblée spéciale ayant pour objet de désigner parmi elles leurs représentants communs au sein du conseil d'administration.

Dans sa décision d'appel du 20 juin 2016, la cour se prononce directement sur la question de la légalité de l'attribution de la convention de délégation de service public à la SPL et du bénéfice du *in house*.

La cour considère légitimement que la commune de La Rochelle exerce pour son compte et celui des autres actionnaires un contrôle sur la SPL Aunis comparable à celui exercé sur ses propres services dans la mesure où la commune dispose de la quasi-totalité du capital social de la SPL et a le pouvoir de désigner les membres du conseil d'administration et le directeur général. Dans cette situation, la condition du « contrôle analogue » est ainsi satisfaite au profit de l'ensemble des actionnaires.

Cet arrêt constitue une évolution jurisprudentielle par rapport à une précédente décision rendue par le Conseil d'Etat :

- d'une part, la notion de contrôle analogue doit s'apprécier pour la seule collectivité passant une convention avec la SPL ;

- d'autre part, le contrôle analogue peut être apprécié globalement pour l'ensemble des collectivités actionnaires, la collectivité majoritaire étant censée représenter l'ensemble des autres actionnaires publics (CE 6 nov. 2013, n° 365079, *C^{ne} de Marsannay-la-Côte, S^{té} publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise [SPLAAD]*, Lebon  ; AJDA 2014. 60 , note G. Clamour  ; *ibid.* 2013. 2229  ; RDI 2014. 44, obs. R. Noguellou ).

La question du « contrôle analogue » semble en tout état de cause définitivement tranchée au regard des dispositions relatives à la quasi-régie de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Il ressort en effet explicitement des dispositions de son article 16, III, 3°, a) que la condition du contrôle analogue est remplie dès lors qu'une même personne représente plusieurs pouvoirs adjudicateurs actionnaires ou l'ensemble d'entre eux dans les organes décisionnels de l'entité contrôlée.

A noter également

Tout jugement encourt la nullité pour irrégularité de la procédure dès lors que, préalablement à l'audience, les parties n'ont pas eu connaissance du sens des conclusions du rapporteur public sur l'ensemble des conclusions du requérant, y compris les demandes d'injonction.

Le conseil pratique qui peut être donné aux parties est celui de conserver une copie du sens des conclusions du rapporteur public, publiées sous Sagace, pour se constituer la preuve, le cas échéant, d'un défaut de communication.

A contrario, il ne peut qu'être conseillé à la partie en demande qui constaterait une omission de la part du rapporteur public de lui demander de compléter le sens de ses conclusions pour éviter toute nullité de la décision à intervenir.

Claude Ferradou et Lise-Marie Faras