

Précisions de l'étendue du contrôle analogue exercé sur les SPL par l'actionnaire majoritaire

Un arrêt de la CAA de Bordeaux du 18 juillet dernier apporte des précisions concernant les modalités de communication des conclusions du rapporteur public. Ce même arrêt redéfinit des critères plus souples de contrôle analogue par l'actionnaire majoritaire au sein d'une SPL.

L'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Bordeaux le 18 juillet 2016 présente, à un double titre, un grand intérêt :

- d'abord, un intérêt procédural tenant aux précisions concernant la communication du sens des conclusions du rapporteur public et la nécessité de leur complétude ;

- ensuite, un intérêt sur le fond tenant à la notion même de contrôle analogue, dont on sait qu'elle est encore controversée, dans l'hypothèse spécifique d'une collectivité actionnaire majoritaire et de collectivités minoritaires.

Dans cette affaire, la Société OMNIUM de Gestion et de Financement (OGF) a demandé l'annulation de deux délibérations du 12 décembre 2011 par laquelle la commune de La Rochelle avait :

- autorisé la création d'une société publique locale funéraire dénommée « Pompes funèbres publiques des communes associées - AUNIS » (ci-après dénommée « SPL AUNIS ») et d'approuver ses statuts ;

- 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, délégataire de nombreux services publics extérieurs des pompes funèbres, soutenait à l'appui de sa requête qu'elle aurait eu des chances sérieuses de devenir délégataire de ce service public et que la commune aurait illégalement confié, sans publicité ni mise en concurrence préalable, la convention de délégation de service public en cause à la SPL dont elle était actionnaire en bénéficiant à tort de l'exception « in house ».

Dans son jugement en date du 27 novembre 2014, le tribunal administratif de Poitiers a fait droit à la demande de la Société OGF et a prononcé, en conséquence, l'annulation des deux délibérations litigieuses et a enjoint à la commune de La Rochelle et à la SPL AUNIS de résilier le contrat de délégation de service public extérieur des

Auteur

Claude Ferradou
Avocat Associé - ADAMAS Affaires Publiques

Lise-Marie Faras
Avocat - ADAMAS Affaires Publiques

Références

CAA Bordeaux 18 juillet 2016, req. n° 15BX00314

Mots clés

Conclusions • Contrôle analogue • Délégation de service public
• Rapporteur public • SPL

pompes funèbres et du crématorium dans un délai de six mois à compter de la notification du jugement⁽¹⁾.

Dans son arrêt du 20 juin 2016, la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé la décision rendue en première instance tant sur la forme que sur le fond⁽²⁾.

La nullité du jugement pour violation des dispositions réglementaires relatives à la communication du sens des conclusions du rapporteur public

La cour a prononcé, dans cette affaire, la nullité de la décision rendue en première instance pour irrégularité de la procédure au motif que les parties n'ont pas eu connaissance, avant l'audience, du sens des conclusions du rapporteur public sur l'ensemble des demandes du requérant.

En l'espèce, si le rapporteur public avait bien communiqué aux parties le sens de ses conclusions sur le fond du litige, à savoir l'annulation des délibérations attaquées, il n'avait, en revanche, pas communiqué le sens de ses conclusions sur les demandes de la requérante aux fins d'injonction présentées sur le fondement de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative.

En effet, la Société OGF avait assorti sa demande d'annulation des délibérations attaquées d'une demande d'injonction relative à la résiliation par la commune de La Rochelle du contrat de délégation de service public conclue avec la SPL AUNIS.

La Cour considère que les conclusions de la requérante aux fins d'injonction ne présentent pas un caractère accessoire et qu'en application des dispositions de l'article R. 711-3 du Code de justice administrative, le sens des conclusions du rapporteur public devait être communiqué sur cette demande d'injonction aux parties préalablement à la tenue de l'audience.

Cette décision intervient dans la lignée de l'arrêt du Conseil d'État du 20 octobre 2014 qui a jugé que les parties doivent être mises en situation de connaître, dans un délai raisonnable avant l'audience, l'ensemble des éléments du dispositif de la décision que le rapporteur public compte proposer à la formation de jugement d'adopter à peine de nullité de la décision rendue⁽³⁾.

En l'espèce, la cour retient que la circonstance que le conseil de la défenderesse était présent à l'audience et avait pu prendre connaissance des conclusions du rapporteur public à cette occasion reste inopérante.

Dans ce contexte, il apparaît opportun pour les parties de conserver une copie du sens des conclusions du rapporteur public publié sous sagace pour se constituer la preuve, le cas échéant, d'une violation des dispositions de l'article R. 711-3 du Code de justice administrative relatives à la communication du sens des conclusions du rapporteur public.

A contrario, si tel est l'intérêt d'une partie, dès lors qu'elle peut être amenée à constater une omission de la part du rapporteur public, il apparaîtra opportun de lui demander de compléter le sens de ses conclusions en vue d'éviter toute nullité de la décision à intervenir.

L'étendue du « contrôle analogue » (l'exception « in house ») exercé par une SPL

Dans cette affaire, la commune de La Rochelle a créé avec trois autres communes, les communes de Puilboreau, Périgny et Aytré, la société publique locale « Pompes funèbres publiques des communes associées – 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 conclu une convention de délégation de service public avec cette SPL pour la gestion de son service public extérieur des pompes funèbres et du crématorium.

La commune de La Rochelle a conclu directement la convention en cause avec la SPL AUNIS nouvellement créée en application des dispositions de l'article L. 1411-12 du CGCT qui dispense de mise en concurrence préalable la délégation de service public confiée à une SPL sur laquelle la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

En effet, l'article L. 1411-12 du CGCT dispense de mise en concurrence préalable les délégations confiées à une SPL sous réserve que : la collectivité délégante exerce sur la SPL délégataire un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que l'essentiel des activités soit exercé pour le compte de la collectivité actionnaire.

Dans son jugement de première instance, le tribunal administratif de Poitiers avait raisonné en deux temps : une première analyse de la légalité de la création de la SPL AUNIS, puis les conséquences de l'illégalité constatée quant à la conclusion de la convention de délégation de service public avec la commune de La Rochelle.

En effet, le tribunal avait considéré 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 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.

(1) TA Poitiers 27 novembre 2014, Omnium de gestion et de financement, req. n° 1200403.

(2) CAA Bordeaux 18 juillet 2016, Société OMNIUM de gestion, req. n° 15BX00314.

(3) CE 20 octobre 2014, req. n° 371493.

Le tribunal, suivant les conclusions du rapporteur public dans cette affaire, a considéré sur la seule base de l'alinéa 1^{er} des dispositions de l'article L. 1524-5 du CGCT (dispositions applicables aux SPL par renvoi de l'article L. 1531-1 du même Code), que les trois communes actionnaires minoritaires auraient dû disposer chacune d'un représentant au conseil d'administration de la SPL, ignorant par là-même l'alinéa 3 du même article qui prévoit précisément la désignation d'un représentant commun en cas de collectivités minoritaires ne pouvant être représentées individuellement.

Le tribunal a conclu sur le seul fondement de cet alinéa 1^{er} que les statuts « ne leur confèrent pas un pouvoir analogue à celui qu'elles auraient sur leurs propres services ».

Dès lors, à défaut de « contrôle analogue » des actionnaires minoritaires, le tribunal a 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 CGCT en déléguant à la SPL AUNIS son service public extérieur des pompes funèbres et du crématorium à la SPL sans publicité ni mise en concurrence.

Pour autant, cette décision apparaît manifestement discutable pour les raisons suivantes.

En effet, et comme il l'a été dit, sur la représentation des communes minoritaires, l'article L. 1524-5 du CGCT précise expressément dans son alinéa 3 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 entre elles leurs représentants communs au sein du conseil d'administration.

Or, au cas d'espèce, les trois communes actionnaires minoritaires en question se sont bien regroupées en assemblée spéciale conformément aux statuts. Au sein de cette assemblée, chaque commune ayant une participation réduite au capital dispose d'un membre. Ce sont ces trois membres qui ont procédé à la désignation de deux représentants communs siégeant au conseil d'administration.

Dans ces conditions, deux représentants ayant été désignés par les trois communes minoritaires concernées réunies en assemblée spéciale, toutes les communes actionnaires de la SPL étaient donc bien représentées au sein du conseil d'administration conformément aux règles spécifiques prévues par le CGCT.

Au surplus, la question du contrôle analogue ne saurait à notre sens se poser qu'à l'égard de la seule commune de La Rochelle qui a conclu une délégation de service public avec la SPL AUNIS, or la commune de La Rochelle, actionnaire très majoritaire de la SPL, répond à l'évidence à elle seule à la condition du contrôle analogue.

En effet, la commune de La Rochelle détenait 12 985 actions sur les 13 000 qui composent le capital social de la SPL AUNIS, soit plus de 98 % du capital au jour de la conclusion de la convention de délégation de service public et disposait de dix sièges sur les douze au

conseil d'administration, lequel arrête les orientations stratégiques de la société.

Par ailleurs, le contrat de délégation conclu avec la SPL AUNIS mettait à la charge de cette dernière un certain nombre d'obligations et notamment : un programme contractuel d'investissement, une gamme élargie de prestations comprenant une classe de convois dits sociaux, le respect d'une tarification approuvée en amont et annexée au contrat, des modalités d'évolution des prix strictement encadrées...

Ce qui traduit inévitablement un lien de dépendance institutionnelle non contesté.

Enfin, seule la commune de La Rochelle avait à conclure une convention de délégation de service public mettant à disposition de la SPL des biens et équipements, la SPL pouvant normalement intervenir sur le territoire des autres communes actionnaires en application de l'article L. 2223-44 du CGCT (si la commune de rattachement est celle du décès, de la mise en bière, de l'inhumation, de la crémation ou du domicile du défunt) suivant l'avis du Conseil d'État du 19 décembre 1995, sans avoir de convention à passer avec elles.

En tout état de cause, il apparaît que la réalité de l'actionariat ne se déduit pas de la modestie de la participation au capital, les communes minoritaires ayant bien participé à la vie de la SPL AUNIS tant par leur participation à l'assemblée générale et au conseil d'administration. Par ailleurs, aucun texte n'impose un montant minimum de participation au capital d'une SPL.

La cour administrative d'appel de Bordeaux, dans son arrêt du 18 juillet 2016, a donc logiquement annulé sur le fond la décision de première instance en jugeant que « 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 ».

La décision rendue par la cour administrative d'appel de Bordeaux dans cette affaire apparaît toutefois lacunieuse au regard des moyens développés par les juges de première instance.

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 AUNIS et du bénéfice du « in house », sans s'attarder sur la légalité de la création de la SPL AUNIS et de la question de la représentation des communes minoritaires dans les organes décisionnels de la SPL.

À la lecture de cet arrêt, il semble que la cour admette sans débat le fait que les actionnaires minoritaires ne soient pas directement représentés au sein des organes décisionnels d'une SPL et notamment du conseil d'administration.

La cour admet en effet implicitement que les dispositions de l'article L. 1524-5 du CGCT sont respectées en l'espèce, dès lors que les communes minoritaires se sont

regroupées en assemblée spéciale pour désigner leurs deux représentants au sein du conseil d'administration de la SPL.

La Cour a toutefois recentré le débat sur la question du « in house » en relevant que la commune de La Rochelle était régulièrement dispensée de procéder à une mise en concurrence dans l'attribution de la convention de délégation de service public considérée à la SPL AUNIS et que cette dispense de publicité et de mise en concurrence bénéficiait également aux autres communes actionnaires minoritaires de la SPL AUNIS.

La Cour retient au final 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. En effet, la commune de La Rochelle disposait de la quasi-totalité du capital social de la SPL AUNIS et avait le pouvoir de désigner les membres du conseil d'administration et le directeur général.

Dans cette situation, la condition du « contrôle analogue » est satisfaite au profit de l'ensemble des actionnaires.

Il convient en tout état de cause de préciser que cette question semble aujourd'hui définitivement tranchée par les textes dans la mesure où l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession prévoit en son article 16 III relative à la quasi-régie que : « III. – La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues au I, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité

adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;

2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

b) Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;

c) La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ».

Il ressort désormais explicitement des dispositions de l'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.