

Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2015, 7

## **Transposition de la directive « marchés publics » du 26 février 2014 : du nouveau pour les SEM ?**

**Pratique** Sous la direction de Stéphane BRACONNIER professeur à l'université Paris II (Panthéon Assas) - directeur du JurisClasseur Contrats et marchés publics

et Kévin HOLTERBACH avocat - SCP Bignon Lebray

et Néda ARMBRUSTER avocat - SCP Bignon Lebray

[Accès au sommaire](#)

### **1. Contexte**

L' article 12 de la directive du 26 février 2014 ( *PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65*) prévoit l'exclusion – désormais traditionnelle – de son champ d'application, des marchés de prestations intégrées, dits *in house*.

La directive rappelle, tout d'abord, les conditions nécessaires à la détection d'une telle « relation intégrée » :

- a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- b) 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 ; et
- c) 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 les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Cette troisième condition, nouvelle, permet de s'interroger sur un éventuel renouveau de l'attribution de marchés publics, aux Sociétés d'économie mixte (SEM), sans publicité, ni mise en concurrence.

### **2. Commentaires**

#### **A. - Un retour théorique des SEM sous le régime *in house***

La SEM locale a, dans les premiers temps de sa création, séduit les décideurs publics (V. *décrets-lois Poincaré de 1926 ; L. n° 83-597, 7 juill. 1983 : JO 8 juill. 1983, p. 2099*).

Vecteur de dynamisme, la rencontre institutionnalisée des cultures de gestion publique et privée revêtait de nombreux avantages, dont, notamment, la mutualisation des moyens, et donc des risques.

Surtout, la SEM permettait à ses actionnaires publics d'attribuer à « son » prestataire des marchés publics, directement sans publicité ni mise en concurrence, grâce à l'exception du *in house*.

En effet, le juge communautaire a consacré, dans sa décision *Teckal* ( *CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal Sarl : JurisData n° 1999-590018 ; Rec. CJCE 1999, I, p. 8121*) une exception aux obligations de publicité et de mise en concurrence, pour les contrats attribués aux opérateurs sur lesquels la (ou les) collectivité(s) territoriale(s) exerce(nt), d'une part « un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services », et avec lesquels la (ou les) collectivité(s) réalise(nt), d'autre part « l'essentiel de son activité ».

Les intérêts étaient multiples : attribution du marché à opérateur parfaitement connu, minimisation du risque contentieux, tant au stade de la passation que de l'exécution du contrat, meilleure maîtrise du planning d'exécution (notamment du fait d'un gain de temps considérable, au niveau de la passation).

L'engouement initial céda bien vite sa place au désenchantement, lorsque le juge européen décida que « la participation, fût-elle minoritaire d'une entreprise privée dans le capital d'une société exclut que le pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » ( *CJCE, 11 janv. et 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Stadt Halle* ).

Ce tempérament jurisprudentiel excluait alors automatiquement les SEM du *in house*.

Les décideurs publics se sont alors détournés de ce type de société (1 529 SEM en activité en France en 1994, 997 au 1er juin 2014, selon la Fédération des EPL), au profit des Sociétés publiques locales (SPL), créées par la loi du 28 mai 2010 ( *L. n° 2010-559, 28 mai 2010 : JO 29 mai 2010, p. 9697* ), spécialement afin de permettre la constitution de sociétés bénéficiaires du régime *in house*.

Cependant, les SPL ont également fait les frais de la stricte vision restrictive du juge, quant à la condition du « *contrôle analogue* », analysée, soudainement, au niveau de chaque actionnaire public (alors que, dans le cas des SEM, une participation même extrêmement minoritaire d'un actionnaire public lui permettait de bénéficier de l'exception *in house* – V. *CJCE, 4 juin 2008, aff. C-324/07, Coditel Brabant : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 4, note W. Zimmer*).

Les actionnaires publics, ne contrôlant pas une part du capital suffisante pour leur permettre d'être représentés, au sein des organes de direction, et, ainsi, ne pouvant influencer de manière directe sur les décisions de la société, ne sont pas considérés comme exerçant un contrôle analogue sur cette dernière, ce qui les écarte de la relation *in house* (V. *CAA Lyon, 7 nov. 2012, n° 12LY00811, Assoc. pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte : JurisData n° 2012-029249 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 45, obs. W. Zimmer ; AJDA 2013, p. 36, obs. A. Samson-Dye. – CE, 6 nov. 2013, n° 365079, Cne Marsannay-la-Côte : JurisData n° 2013-024868 ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 19, obs. M. Amilhat ; JCP A 2014, p. 2148, obs. F. Linditch ; RJEP 2014, comm. 14, concl. B. Dacosta ; AJDA 2014, p. 60, obs. G. Clamour*).

Face à ces obstacles, le premier bénéfice de la directive du 26 février 2014 réside dans son esprit d'ouverture.

En effet, si la participation d'actionnaires privés au capital de la société considérée exclut, par principe, l'application de l'exception *in house*, cette exclusion n'est plus automatique.

Le contrôle doit, désormais, être plus fin : si la participation de l'actionnaire privé est indirecte, ou suffisamment faible pour qu'il soit dépourvu de capacités de contrôle, ou de blocage, et ne puisse pas exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée, alors la société pourra bénéficier de l'exception du *in house*.

Cette ouverture suffira-t-elle à convaincre les décideurs publics de ne pas transformer leurs SEM en SPL ?...ou, au contraire, de transformer leurs SPL en SEM (notamment afin de bénéficier du cadre d'action plus large des SEM, les SPL ne pouvant contracter qu'avec leurs seuls associés).

## **B. - Un retour des SEM, dans le régime *in house*, à portée purement théorique**

Disons-le sans ambages, l'ouverture de l'exception *in house*, si elle a le mérite d'exister, semble plus symbolique que pratique.

Tout d'abord, l'hypothèse de la participation indirecte sera écartée, puisque, pour qu'une SEM soit qualifiée comme telle, il faut justement la participation directe d'un actionnaire privé ( *CGCT, art. L. 1522-2* ).

Ensuite, la notion d'exclusion de toute capacité de contrôle, ou de blocage, et de toute influence décisive sur la société contrôlée, pour l'associé privé, est, aujourd'hui, très incertaine.

Sans doute, s'agit-il d'analyser, à rebours, les indices pris en compte par le juge européen d'abord, interne ensuite, notamment dans les arrêts *Marsannay-la-Côte* ( *CE, 6 nov. 2013, n° 365079, préc.* ).

Il s'agirait donc de s'assurer que l'associé privé ne dispose pas de la possibilité d'exercer « une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » ( *CJCE, 13 oct. 2005, add. C-458/03, Parking Brixen. – ou encore CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-371/05, Commission c/ République Italienne : Rec. CJCE 2008, I, p. 110 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 183, note W. Zimmer* ).

Il s'agirait également de s'assurer que l'associé privé « ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration », qu'il ne puisse pas non plus « requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour », et, en bref, qu'il soit (directement, ou au travers des organes au sein desquels il est représenté), privé de tout pouvoir décisionnaire.

L'on pourrait même s'interroger sur le droit de vote des associés privés, lors de l'assemblée générale. En effet, ce seul droit de vote

pourrait être regardé comme la possibilité d'influer, directement, sur les décisions de la société. Cependant, il s'agit d'un droit fondamental de l'associé, dont la privation semble inacceptable.

Or, l'on rappelle que la participation de l'associé « *autre que les collectivités territoriales et leurs groupements* » ne peut être « *inférieure à 15 % du capital social* » ( *CGCT, art. L. 1522-2 préc.*), ce qui est une part importante, permettant, dans des conditions normales, à l'associé, d'exercer un fort pouvoir décisionnaire.

Partant, il nous semble que deux solutions juridiques pourraient être envisagées, pour permettre à la SEM de bénéficier du *in house* :

- soit organiser la participation au capital de la SEM de nombreux actionnaires privés, ne détenant chacun qu'une part infime du capital, ne leur permettant ainsi pas d'avoir un représentant dans les organes de direction ;
- soit organiser l'absence totale de représentant du ou des actionnaires privés, au sein des organes de direction de la société.

Dans les deux cas, cela nécessitera une rédaction des plus attentives des statuts de la SEM.

Toutefois, et c'est bien là que le bât blesse, l'hypothèse d'actionnaires privés acceptant de participer au capital d'une société, tout en étant privé de tout pouvoir décisionnaire (et donc de possibilité de préserver leurs intérêts propres) semble fantaisiste.

Elle l'est d'autant plus que la SEM ne pourra se voir attribuer directement des marchés, en *in house*, que pour autant que les prestations à exécuter soient conformes à son objet social.

En d'autres termes, il n'est pas certain que le regain d'activité de la SEM, du fait du *in house*, rendent la participation au capital financièrement alléchante, pour des associés privés (sauf à organiser, au travers des statuts, une absence juridique de tout pouvoir décisionnaire, au moins au sein des organes de gouvernance, compensée par un partage des dividendes assurant aux associés privés une rentabilité rapide, et certaine), ce qui paraît, pour le moins, passablement complexe.

### 3. Recommandations

Bien évidemment, les développements, et solutions exposées, n'ont d'intérêt que si la directive est transposée fidèlement sur ce point (ce qui semble devoir être le cas, au vu du projet d'ordonnance disponible sur le site du ministère de l'Économie).

La première recommandation est donc d'attendre la promulgation du texte officiel, qui devrait être prochaine (et, à tout le moins, avant le 18 avril 2016).

Ainsi qu'il a été dit ci-avant, la possibilité, pour les SEM, de bénéficier du *in house*, supposera une rédaction au cordeau des statuts de la société.

Les statuts devront tout à la fois priver l'associé privé de tout pouvoir décisionnel, au moins au sein des organes de gouvernance, tout en assurant aux associés publics une représentation forte au sein de l'ensemble des organes classiques de direction et de gestion.

Les statuts devront, en ce sens, éviter d'instaurer un comité unitaire et technique, au sein duquel l'associé privé pourrait être représenté, ou alors, priver ce comité de tout pouvoir décisionnel.

Il s'agira également de s'assurer de l'absence d'un pacte d'actionnaires, confiant à l'associé privé des moyens d'action et de contrôle, ou lui conférant un pouvoir d'initiative et/ou de participation aux décisions (notamment au travers d'une assemblée spéciale réunissant les associés minoritaires).

Un tel mode de fonctionnement conduit, de fait, à passer à côté des bénéfices de la convergence des cultures de gestion publique et privée.

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.