



HAL
open science

SPL : actionnariat public ne rime pas avec "in house" automatique

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. SPL : actionnariat public ne rime pas avec "in house" automatique : note sous CE, 6 nov. 2013, n° 365079, Commune de Marsannay-la-Côte, à paraître au Recueil Lebon. Revue Lamy de la Concurrence, 2014, 38, pp.97-98. hal-02025530

HAL Id: hal-02025530

<https://hal.science/hal-02025530>

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.

XXXX - SPL : actionnariat public ne rime pas avec *in house* automatique

Par Sébastien BRAMERET

Maître de conférences à l'Université Grenoble Alpes

Vice-doyen chargé des relations internationales

Membre du GRDPE

Mots clés : In house, Société publique locale, contrôle analogue, pluricontrôle public

La décision du Conseil d'État du 6 novembre 2013 rappelle que la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivité territoriale au capital d'une société publique locale n'est pas suffisante pour lui permettre d'établir des relations *in house* avec cette société. Il faut encore que l'actionnaire démontre l'effectivité du contrôle analogue de l'organisme. Celui-ci doit – désormais – passer par la détention de sièges dans les organes dirigeants. La notion de pluri-contrôle analogue est précisée, même si ses contours restent imparfaitement définis.

CE, 6 nov. 2013, n° 365079, Commune de Marsannay-la-Côte, à paraître au Recueil Lebon

Par une délibération du 25 octobre 2010, 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 nov. 2012, n° 12LY00811, Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte, JCP A, 2009, note Brameret S.*). 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.

1. 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. Il procède à l'analyse détaillée du fonctionnement des organes dirigeants de la société et relève que 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* » (arrêt commenté, consid. 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 nov. 2012, préc., consid. 11).

L'arrêt du 6 novembre 2013 s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence européenne relative à la théorie des prestations intégrées. Depuis l'arrêt *Teckal*, le juge européen n'a eu de cesse d'apporter des précisions quant aux conditions de reconnaissance d'un contrôle analogue (CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal*). En cas de pluricontrôle public de la société, le contrôle analogue peut être morcelé entre différents actionnaires. Il faut néanmoins que chaque collectivité puisse démontrer la réalité de sa domination propre sur l'entreprise. Le juge européen relève alors 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 nov. 2012, aff. jtes. C-182/11 et C-183/11, *Econord SpA*, pt. 30). La difficulté réside 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 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, 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 nov., *Econord*, préc., pt. 33).

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* » (arrêt commenté, consid. 5). Il annule ainsi la délibération communale, en ce qu'elle a permis l'attribution d'un contrat sans mise en concurrence préalable en violation du droit européen de la commande publique.

2. N'étant pas partie au contrat, les requérants ne pouvaient que saisir le juge de l'excès de pouvoir pour faire annuler l'acte détachable du contrat (CE, 4 août 1905, *Martin*, GAJA, Dalloz, n° 15), puis celui de l'exécution en lui demandant d'enjoindre sous astreinte l'administration de saisir le juge du contrat (CE, 7 oct. 1994, n° 124244, *Époux Lopez*, AJDA, 1994, p. 867 et s., chron. Touvet L. et Stahl J.-H., RFDA, 1994, p. 1090 et s., concl. Schwartz R., note Pouyaud D.), pour que soit prononcée la nullité de ce dernier (CE, 26 mars 1999, *Société Hertz France*, AJDA, 1999, p. 427 et s., concl. Stahl J.-H., note Bazex M., RFDA, 1999, p. 1999 et s., note Pouyaud D.).

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. Dans sa décision du 6 novembre 2013, le Conseil d'État rappelle 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* » (arrêt commenté, consid. 12). Il reprend le considérant de principe de la jurisprudence *Société Ophrys* (CE, 21 févr. 2011, n° 337349, *Sté Ophrys*, AJDA, 2011, p. 1739, note Vincent-Legoux M.-C., BJCP, 2011, p. 133, concl. Dacosta B., CMP, 2011, n° 123, note Pietri J.-P., DA, 2011, n° 47, note Brenet F.).

Le Conseil d'État estime que ce vice « *ne justifie pas, en l'absence de circonstances particulières, que soit recherchée une résolution de cette convention* », car il « *n'affecte ni le consentement de la personne publique ni le contenu même de la convention* » (arrêt commenté, consid. 13). Le juge administratif 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 janv. 2011, n° 332136, *SANEF*, CMP, 2011, comm. 89, note Pietri J.-P.). 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 (arrêt commenté, consid. 13).