



HAL
open science

À quelles conditions un pluri-contrôle public d'une SPL peut-il être " analogue " ?

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. À quelles conditions un pluri-contrôle public d'une SPL peut-il être " analogue " ?
La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2013, 3, pp.2009. hal-02025725

HAL Id: hal-02025725

<https://hal.science/hal-02025725v1>

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.

À quelles conditions un pluri-contrôle public d'une SPL peut-il être analogue ?

Note sous CAA Lyon, 7 novembre 2012, *Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*

et

CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA*

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences

Vice-Doyen, chargé des relations internationales

Membre du Groupe de Recherches en Droit Public Économique (GRDPE)

Université Grenoble II

Les sociétés à capital intégralement public peuvent, par application de la théorie des prestations intégrées, être dispensées de mise en concurrence pour la conclusion de contrats avec leurs actionnaires publics. Dans deux décisions rendues à quelques semaines d'écart, le juge de l'Union européenne et le juge administratif ont apporté d'importantes précisions quant à la mise en œuvre de cette théorie, en cas de pluri-contrôle public des sociétés. La lecture croisée de ces deux décisions permet également d'avoir une idée plus précise de l'articulation entre les différentes juridictions. Si la détermination des conditions du pluri-contrôle public des sociétés relève du juge européen, l'appréciation de leur modalité de mise en œuvre dépend du juge national.

I. La précision des conditions du pluri-contrôle public par le juge de l'Union européenne

II. L'appréciation des modalités du pluri-contrôle public par le juge administratif

À quelques semaines d'intervalles, le juge administratif et le juge de l'Union européenne ont été amenés à préciser les conditions d'application de la théorie des prestations intégrées dans les relations contractuelles entre une collectivité territoriale et une société dont elle est actionnaire.

Lorsqu'elles souhaitent établir des relations contractuelles avec des sociétés commerciales, les collectivités territoriales et leurs groupements ont l'obligation de respecter les obligations de mise en concurrence. Elles n'en sont exonérées que dans les hypothèses où elles entretiennent, avec ces sociétés, des relations *in house*. D'origine européenne, la théorie des prestations intégrées – ou relations *in house* – permet de caractériser l'existence d'un lien de dépendance étroit entre une personne publique et une société dont elle détient l'intégralité du capital social¹. Selon la jurisprudence *Teckal*, les principes européens issus des directives « marchés »² ne peuvent être

¹ L'application de la théorie des prestations intégrées a été refusée par la Cour de justice de l'Union européenne dès lors que des actionnaires privés détiennent une participation au capital, même minimale. Elle est donc refusée dans les relations contractuelles des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales (CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle RPL*, C-26/03, *BJCP*, 2005, n° 40, p. 180 et s., *Concl. Stix-Hackl*, *AJDA*, 2005, p. 898 et s., note Rolin). BRAMERET (S), *Les relations des collectivités territoriales avec les Sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 271, n° 403-415.

² Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 et directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, *JOUE*, L 134, 30 avril 2004.

écartés qu'à la double condition que « la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »³. Le cocontractant conserve une existence juridique propre, mais doit être dédié à la satisfaction des besoins de la personne publique. La prestation intégrée suppose que l'indépendance statutaire soit compensée par la dépendance fonctionnelle du partenaire contractuel.

La détention publique de l'intégralité du capital social d'une société publique locale⁴ n'est qu'un indice de l'existence d'un contrôle analogue⁵. Ses modalités doivent en particulier être précisées en cas de pluri-contrôle public de la société. Saisies de cette question, la Cour administrative d'appel de Lyon et la Cour de justice de l'Union européenne étaient amenées à se prononcer sur l'applicabilité de la théorie des prestations intégrées lorsque la collectivité ne détient, seule, qu'une infime proportion du capital social. Envisager dans cette hypothèse l'existence d'un contrôle analogue semble en effet relever d'une fiction. Plus généralement, c'est la problématique de la compatibilité du pluri-contrôle public des sociétés à capitaux intégralement publics avec la théorie des prestations intégrées qui était posée aux juges. Par deux décisions, des 7 novembre⁶ et 29 novembre 2012⁷, les juges rappellent la validité du pluri-contrôle public des sociétés avec la théorie des prestations intégrées. Les deux décisions sont complémentaires, et éclairent également quant à la répartition des rôles entre le juge de l'Union européenne et le juge administratif. Alors que le juge de l'Union précise les conditions d'existence d'un pluri-contrôle public des sociétés à capitaux publics (I), il revient au juge administratif d'apprécier, souverainement, leurs modalités de mise en œuvre (II).

I. La précision des conditions du pluri-contrôle public par le juge de l'Union européenne

Entre la décision *Teckal* du 18 novembre 1999 reconnaissant la théorie des prestations intégrées⁸ et la décision *Asemfo* du 19 avril 2007 consacrant son application pour la première fois dans les relations entre des collectivités territoriales et une société dont elles détiennent l'intégralité du capital⁹, la Cour de justice de l'Union européenne a systématiquement rejeté les demandes de qualification d'une relation *in house*. Ces rejets systématiques ont laissé penser que la Cour procédait à une « déconstruction » plutôt qu'à une « construction » de la notion au fil de sa jurisprudence¹⁰. Depuis la décision *Asemfo*, La Cour a infléchi sa position et est désormais plus encline à reconnaître la qualité de prestataire intégré lorsque l'organisme est le support d'une coopération entre collectivités territoriales, ouvrant ainsi la voie à la reconnaissance d'un pluri-contrôle public. De ce point de vue, la décision du 29 novembre 2012, *Econord SpA*¹¹ a fourni au juge européen l'occasion de préciser l'étendue de l'application de la théorie des prestations

³ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, op C-107/98, point 50.

⁴ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697, *JCP ACT*, juil. 2010, comm. 2229, note Devès, *AJDA*, 2010, p. 1759 et s., note Nicinski, *RLCT*, 2010, n° 60, Dossier spécial.

⁵ CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, C 340/04, Rec. CJCE p. I-4137, point 38.

⁶ CAA Lyon, 7 novembre 2012, *Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte, Syndicat de défense des intérêts viticoles*, req. 12LY00811, Inédit au Rec.

⁷ CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA c/ Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate*, C-182/11 et C-183/11, Rec. à paraître, Concl. Cruz-Villalon.

⁸ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SRL*, op. cit.

⁹ CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, C-295/05, Rec. CJCE I-2999, conclusions Geelhoed.

¹⁰ LECUYER-THIEFFRY (C), THIEFFRY (P), « Les prestations effectuées *in house* sans mise en concurrence : les évolutions en cours », *AJDA*, 2005, p. 927 et s.

¹¹ CJUE, 29 novembre 2012, op. cit.

intégrées lorsque la société fait l'objet d'un pluri-contrôle. Elle souligne également la volonté de la Cour d'encadrer strictement les conditions de reconnaissance de ce pluri-contrôle.

L'extension du critère du contrôle analogue en cas de pluri-contrôle public a été réalisée, dans un premier temps, de façon assez fortuite. Dans l'affaire *ANAV*, l'avocat général Geelhoed avait à apprécier la conformité de la législation italienne avec les conditions des prestations intégrées¹². Le texte soumis à l'analyse du juge autorisait des collectivités publiques à créer « des sociétés à capital entièrement public à condition que la ou les collectivités détentrices du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services »¹³. Reprenant le libellé de la jurisprudence *Teckal*, l'avocat général précisait « que l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire, même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte de l'autorité publique, dans l'hypothèse où cette dernière, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »¹⁴. Pourtant, il déduisait du rapprochement de ces deux constatations que le législateur « s'est à l'évidence conformé à cette jurisprudence »¹⁵, nonobstant le glissement sémantique entre le texte et la formulation du principe dans la jurisprudence. Cette position a été reprise par l'avocat général Stix-Hackl dans ses conclusions sur l'affaire *Carbotermo*¹⁶ et traduit le maintien d'un contrôle qualifié d'analogue malgré sa « dilution »¹⁷ entre plusieurs personnes publiques. La société est dans cette hypothèse assimilée à un organisme de coopération intercommunale et non à une société commerciale à laquelle les collectivités délèguent une activité.

L'assouplissement des critères a été confirmé par la décision *Asemfo*¹⁸, par laquelle est admise l'existence d'un contrôle analogue sur une société détenue conjointement par l'État espagnol à hauteur de 99 % du capital et pour le reste, par quatre collectivités publiques. La conclusion d'un contrat avec l'une des collectivités actionnaires peut être réalisée *in house*, car malgré le pluri-contrôle (par des organismes très différents et dans des proportions très inégales), la législation espagnole prévoit que l'entité est tenue de réaliser les commandes qui lui sont confiées par les pouvoirs publics, dont l'État et les communautés autonomes¹⁹. Le juge considère que les collectivités infra-étatiques exercent un contrôle analogue conjointement avec l'État.

Le pragmatisme de la notion de prestation intégrée en matière de coopération intercommunale a conduit le juge de l'Union européenne à établir une distinction entre contrôle analogue et contrôle identique : il est nécessaire qu'il « soit analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais non pas qu'il soit identique en tout point à celui-ci »²⁰. Il peut, dès lors, être morcelé entre différentes collectivités sans que cela porte atteinte à son ampleur. La solution dégagée dans la décision *Econord SpA* du 29 novembre 2012 s'inscrit dans la continuité de ces jurisprudences²¹, tout en limitant la portée. Le juge de l'Union européenne

¹² CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari*, C-410/04, Rec. CJCE I-3303, conclusions Geelhoed.

¹³ Article 113, § V, sous c), du décret législatif n° 267/00, cité par L.A. Geelhoed (point 15).

¹⁴ *Idem*, point 14.

¹⁵ *Idem*, point 15.

¹⁶ Selon C. Stix-Hackl, « puisque les communes poursuivent des objectifs d'intérêt général, on pourrait au moins au premier abord penser qu'elles satisfont au critère du contrôle même dans son interprétation la plus stricte ». Selon elle, il revient au juge national, saisi du fond du litige, d'apprécier de la réalité du contrôle analogue (point 34).

¹⁷ De FENOYL (É), « *Le in house* dans tous ses états : du pluri-contrôle public appliqué à l'intercommunalité », *JCP A*, juin 2007, étude 2151, n° 17.

¹⁸ CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, *op. cit.*

¹⁹ *Idem*, points 57-61.

²⁰ CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SPRL c/ Commune d'Uccle*, C-324/07, point 46.

²¹ CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA c/ Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate*, C-182/11 et C-183/11, conclusions Cruz-Villalon.

était saisi de la question de la validité d'un marché de service, conclu sans mise en concurrence, entre l'ASPEM SpA et deux de ses actionnaires (la *Comune di Calbio* et la *Comune di Solbiate*). La Cour relève 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 »²². La difficulté réside alors 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 société²³ à la situation du pluri-contrôle public. De façon expresse, la Cour 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 »²⁴. Elle laisse en revanche l'interprétation de la notion de « participation » aux organes de direction de la société à l'appréciation des juridictions nationales.

II. L'appréciation des modalités du pluri-contrôle public par le juge administratif

Devançant de quelques semaines le juge européen, la Cour administrative d'appel de Lyon²⁵ a eu l'occasion de tracer les contours de la notion de pluri-contrôle public appliqué à une société publique locale, au sens de la loi du 28 mai 2010. Par une délibération du 25 octobre 2012, 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. 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 saisissent le Tribunal administratif de Dijon, qui soulève l'irrecevabilité de la requête, dans une décision du 19 janvier 2012. Saisie en appel, la Cour administrative d'appel de Lyon annule le jugement du tribunal et fait droit aux demandes des requérants, au terme d'un raisonnement teinté d'un empirisme certain. La question posée au juge 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 de lui attribuer une concession d'aménagement sans mise en concurrence, en application du code de l'urbanisme²⁶.

Pour affirmer que la Commune de Marsannay-la-Côte n'exerçait pas sur la SPLAAD un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, la Cour administrative d'appel de Lyon procède à l'analyse détaillée du fonctionnement des organes dirigeants de la société. D'une part, elle relève qu'en raison du faible montant de son actionnariat (1,076 %), la commune « ne peut participer directement à l'édition des décisions importantes de la société publique d'aménagement ». D'autre part, elle souligne que la commune « ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance prend les décisions importantes de la société ». La participation de l'actionnaire au comité technique et financier de la

²² CJUE, 29 novembre 2012, *op. cit.*, point 30.

²³ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, Rec. CJCE I-8585, point 65.

²⁴ CJUE, 29 novembre 2012, *op. cit.*, point 33.

²⁵ CAA Lyon, 7 novembre 2012, *op. cit.*

²⁶ L'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme prévoit que les obligations de publicité et de mise en concurrence « ne sont pas applicables aux concessions d'aménagement conclues entre le concédant et un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui le contrôlent ».

société est par ailleurs insuffisante, à elle seule, pour caractériser l'existence d'un pouvoir d'un pouvoir de contrôle effectif. Anticipant la solution dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour administrative d'appel en conclut que la commune « n'exerce, personnellement, aucun contrôle » lui permettant de bénéficier de la théorie des prestations intégrées dans ses relations contractuelles avec la société publique locale.

En adoptant le double critère de la détention du capital et de la participation aux organes de direction, la Cour de justice de l'Union européenne limite la possibilité de reconnaître l'existence d'un pluri-contrôle public analogue lorsque le capital social est réparti entre de très nombreux actionnaires. Cette circonstance peut être problématique pour les sociétés publiques locales. Dans ces sociétés, chaque collectivité territoriale doit être représentée²⁷, le nombre de sièges détenus par les actionnaires étant proportionnel à la participation au capital²⁸, sans pouvoir toutefois dépasser le nombre de dix-huit²⁹. Lorsque la société comporte plus d'actionnaires qu'il n'y a de sièges disponibles, les actionnaires très minoritaires sont réunis dans une « assemblée spéciale »³⁰, qui dispose d'un siège dans les organes délibérants de la société³¹. Les collectivités territoriales se sont emparées de cette technique, et créent de plus en plus de sociétés autour de très nombreux actionnaires³². Elles espèrent ainsi pouvoir faire bénéficier l'ensemble des actionnaires des facilités d'accès à la commande publique permises par la théorie des prestations intégrées. La survivance de cette pratique est conditionnée à l'existence d'une « participation » des actionnaires minoritaires dans les organes de direction, la collectivité territoriale actionnaire devant « contribuer effectivement au contrôle »³³, sous le contrôle du juge national. Le juge administratif confirme ainsi l'approche restrictive développée par le juge de l'Union européenne, soulignant les dangers d'un recours trop systématique aux sociétés publiques locales³⁴.

²⁷ Article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales.

²⁸ Article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales.

²⁹ Articles L. 225-17 et L. 225-69 du code de commerce.

³⁰ Article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales.

³¹ BRAMERET (S), *op. cit.*, n° 291-293.

³² Par exemple, le Département de l'Oise a été à l'origine de la création de la société *Assistance départementale de l'Oise*, qui regroupe plus de 326 actionnaires. La société étant compétente pour intervenir sur le territoire de l'ensemble des actionnaires, la société pouvait envisager la conclusion de plus de 300 conventions *in house*. Sur la question de l'actionnariat des sociétés publiques locales, cf. BRAMERET (S), « L'actionnariat de la société publique locale », acte du colloque de Lille des 31 mai et 1^{er} juin 2012, *L'Harmattan, à paraître*; IDOUX (P), « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA*, 2012, *à paraître*.

³³ CJUE, 29 novembre 2012, *op. cit.*, point 32.

³⁴ BERGÉAL (C), « Utilisez la SPL, mais respectez le mode d'emploi », *AJDA*, 2010, p. 1228 et s.