

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le In House ?*

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le In House ? », *Revue française de droit administratif*, n°6, 2012, p. 1120.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le In House ?

Les sociétés publiques locales n'auraient sans doute pas existé sans la volonté des collectivités territoriales d'échapper au droit des marchés publics. Classiquement, les personnes publiques qui veulent contracter avec des entreprises sur lesquelles elles ont un pouvoir de direction - et pas seulement avec une entreprise privée qu'elles n'influencent qu'à travers des clauses contractuelles - ont le choix entre l'établissement public et la société d'économie mixte. Le premier permet un contrôle poussé, la seconde une gestion plus proche du droit privé (donc plus souple) et l'apport de capitaux privés (2). Les sociétés publiques locales ont été créées pour emprunter à ces deux formes d'entreprises du secteur public : l'essentiel de leur régime est issu, comme c'est le cas des sociétés d'économie mixte (SEM), du régime des sociétés commerciales, sous réserve de limites propres au droit public (3). Leurs organes délibérants sont pour leur part intégralement issus des personnes publiques, comme dans le cadre des établissements publics, mais sur le fondement d'un capital lui-même entièrement public. La création de ces nouvelles formes d'entreprises publiques locales n'a cependant pas répondu à un besoin d'intérêt général. Elle a répondu originellement au seul besoin de contourner la jurisprudence de la Cour de justice Parking Brixen de 2005 (4) qui interdisait le bénéfice du in house aux entreprises dont une partie - même infime - du capital serait privé.

Le fait que les sociétés publiques locales aient été conçues pour bénéficier du statut de in house ne fait en effet pas de doute. Cela est expressément inscrit dans l'exposé des motifs de la loi et a été discuté tant en commission que dans les débats publics devant les assemblées (5). Il faut dire que l'arrêt Parking Brixen risquait de remettre en cause toute l'économie mixte locale en France (6), avec ce qu'elle représente en terme d'emplois locaux et de sentiment d'un service public local « à la française ». Avec les sociétés publiques locales d'aménagement, puis les sociétés publiques locales (7), le législateur créait un moyen de maintenir cet ensemble au seul coût d'un changement de statut. Depuis, toutes les SEML ne sont pas devenues des sociétés publiques locales, mais ces dernières se sont malgré tout développées à un rythme notable, l'exception in house attirant les acteurs publics locaux. Las ! les conditions posées par la loi pour créer une société publique locale ne suffisent pas à ce que, par elles-mêmes, toutes ces sociétés puissent être qualifiées de structures (8) in house.

Deux critères sont en effet posés par la jurisprudence Teckal de 1999 (9), à l'origine de la notion de prestation intégrée ou in house. Ils sont bien connus : il convient que la collectivité « exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et qu'elle « réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent ». Les nouvelles directives relatives à la commande publique reprennent d'ailleurs ces éléments presque à l'identique, la Commission faisant en l'espèce oeuvre de codification-amélioration (10). La loi créant les sociétés publiques locales, comme celle créant les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) auparavant, tente de remplir au mieux ces deux critères, sans y parvenir parfaitement.

D'abord, elles ne laissent pas de choix quant au fait de respecter le second critère puisqu'elles prévoient que ces sociétés ne peuvent contracter qu'avec leurs actionnaires (11). Le critère posé par la jurisprudence européenne est donc par principe rempli. Dans la mesure où ce critère jurisprudentiel est actuellement repris à l'article 3 du code des marchés publics, à l'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme (C. urb.) (12), à l'article 23 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (13), à l'article L. 1415-3 du code général des collectivités territoriales (CGCT) pour les concessions de travaux (14), ainsi qu'à l'article L. 1411-12 CGCT (15) pour

ce qui concerne les délégations de service public, on peut dire que la deuxième condition du in house est respectée, pour les SPL, dans tous les contrats de la commande publique. Ces textes seront sans doute amenés à être modifiés pour la transposition des directives « marchés » à venir, qui remplacent l'expression « l'essentiel de leur activité » par une quantification : « 90 % de l'activité ». En tout état de cause, les SPL continueront à respecter le nouveau critère puisqu'elles doivent contracter à 100 % avec leurs actionnaires (16).

Ensuite, malgré leur volonté d'y parvenir au mieux, les lois sur les SPL et SPLA ne permettent pas de remplir nécessairement les conditions des marchés in house pour ce qui concerne le contrôle que les collectivités exercent sur elles. Ce contrôle doit en effet être « analogue », « semblable » ou « comparable » à celui que la personne publique exerce sur ses propres services. Le sens à donner à ces qualifications est encore peu clair aujourd'hui. La jurisprudence européenne fait à ce sujet des analyses marquées par le pragmatisme, mais aussi par la casuistique, et il est bien délicat de déterminer ce que peut être un contrôle analogue ou comparable. La question a pourtant des conséquences puisque selon les cas, la SPL verra, ou non, les contrats qui la lie à une des collectivités actionnaires soumis à publicité ou mise en concurrence.

La qualification d'entité in house exclut donc la plupart du temps les SPL et SPLA de la soumission au droit de la commande publique pour ce qui concerne les contrats qui les lient à leurs actionnaires. Cependant, le in house n'est pas un détournement complet du droit des marchés puisque les entités ainsi qualifiées doivent, pour leurs propres contrats, respecter les règles de passation. Cette solution résulte notamment de la qualification de pouvoir adjudicateur qui s'applique aux SPL en droit européen des marchés. Le code des marchés publics français en a d'ailleurs tiré la conséquence en prévoyant que les personnes bénéficiant de l'exception du in house devaient, pour leurs besoins propres, respecter selon les cas les règles de passation du code ou celles de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (17).

La question du contrôle des collectivités territoriales sur les SPL se pose donc au cas par cas et l'analyse de la portée de ce contrôle n'est pas, tant s'en faut, dénuée de conséquences. Selon qu'il sera un contrôle fort ou plus indirect, le risque de voir des contrats passés « en dehors de la maison » SPL sera plus ou moins fort. La question centrale est donc de savoir quel est ce contrôle pour savoir quand une personne publique contracte avec elle-même, en n'ayant pas recours au marché concurrentiel, et corrélativement, quand l'on peut estimer qu'elle contracte sur ce marché. Malgré la volonté de l'Union européenne de sécuriser ces définitions dans les prochaines directives « marchés » et « concessions », le caractère analogue ou semblable du contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales est, et reste, une analyse in concreto. Elle contient, nous semble-t-il, un excès à affiner relatif à l'octroi de la qualification de in house aux contrats de certaines sociétés dont la pluralité de détention du capital dilue par trop le contrôle des actionnaires.

## Le caractère « semblable » du contrôle : une analyse in concreto

Le droit de l'Union a beaucoup hésité sur la nature du contrôle que les collectivités doivent exercer sur les entités in house. Sur le plan sémantique, l'arrêt Teckal et le code de l'urbanisme français utilisent le terme de contrôle « analogue » à celui que les collectivités exercent sur leurs propres services. Le terme de contrôle « comparable » est plus souvent utilisé puisqu'il est repris dans la loi sur les sociétés publiques locales, à l'article 3 du code des marchés publics, à l'article L. 1411-12 CGCT et dans les jurisprudences d'application de ce principe aux délégations de service public (18). Les projets de directive utilisent pour leur part le terme de contrôle « semblable » à celui qui est exercé sur ses propres services. La différence

de qualification ne doit pourtant pas nous arrêter bien longtemps, ces termes devant sans doute être considérés comme parfaitement synonymes. Ainsi, l'analyse de l'arrêt Teckal et des projets de directive en langue anglaise et italienne démontre que le terme est resté identique dans ces langues (19). Il s'agit donc plus en français d'une erreur de traduction ou, à tout le moins, d'une traduction n'ayant pas recherché la cohérence avec le droit antérieur (20). À l'analyse des différents critères posés par la jurisprudence, mais aussi par les nouvelles directives, il est possible d'envisager les moyens de sécuriser le statut d'entité in house des SPL à travers deux principaux groupes de critères : ceux relatifs à l'effectivité du contrôle proprement dit et ceux relatifs à la mise hors concurrence de l'activité, qui permet de rapprocher l'activité de l'entité - de la SPL pour ce qui nous importe - de celle de ses actionnaires (21).

### *Le contrôle institutionnel de l'entité in house*

## Les critères du contrôle semblable par les institutions

La jurisprudence de la Cour de justice, pas plus que les dispositions des projets de directives « marchés » ne donnent une définition rigoureuse du contrôle semblable. L'analyse des différents éléments tend à démontrer en la matière l'existence d'un faisceau d'indices, technique peu satisfaisante dans sa rigueur, mais dont la souplesse est appréciée par le juge lorsque la diversité des situations rend difficile une analyse plus systématique.

L'arrêt rendu en 2006 par la Cour de justice (22) Carbotermo Spa a singulièrement compliqué l'analyse du caractère analogue du contrôle en estimant que la détention de l'intégralité du capital par les personnes publiques n'est qu'une indication non décisive et qu'elle n'est pas par elle-même suffisante pour emporter cette qualification. Cet arrêt a donc écarté la possibilité d'un critère unique et simple pour la qualification de in house. La raison en est certainement la volonté de couvrir toutes les formes juridiques dans les différents États membres. Pourtant, l'analyse de cette solution démontre que la Cour estime implicitement que le contrôle classique des actionnaires sur les décisions de l'entreprise ne s'assimile pas au contrôle d'une collectivité sur ses propres services. Il faut en effet reconnaître que l'actionnaire n'a pas de pouvoir de réformation des actes de la société dont il a des parts et qu'il ne peut pas non plus assurer un contrôle quotidien des décisions.

En 2005, l'arrêt Parking Brixen de la Cour de justice (23) précisait une part importante de ce qu'il fallait entendre par contrôle analogue. Pour que cette qualification soit accordée, il faut que la personne publique puisse avoir une « possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de l'entité in house. Ce sont quasiment ces termes que l'on retrouve dans les projets de directive (24). La précision est d'importance puisqu'elle permet d'interpréter dans deux sens l'arrêt Carbotermo. D'abord, cela signifie que l'on peut envisager un contrôle autrement que par la propriété du capital d'une entreprise. Cela n'est d'ailleurs pas illogique, puisque certaines des entités in house ont des formes sans capital (ne serait-ce que les établissements publics pour la France). Ensuite, cela signifie aussi que le régime des SPL va plus loin que ce qui est requis par le droit de l'Union en terme de contrôle du capital. Le nouveau critère du « contrôle sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes » peut même être considéré comme remplaçant le critère du capital, qui semblait être essentiel. Le capital ne doit plus être considéré que comme une présomption a priori d'un contrôle de ce type, mais un contrôle qui n'est pas nécessairement suffisant. Il est d'ailleurs topique qu'aucune référence au capital ne puisse être trouvée dans les projets de directive. Un point cependant ne change pas : le fait d'être une société anonyme, même à capital 100 % public, ne garantit pas à la collectivité un contrôle semblable à celui qu'elle exerce

sur ses propres services. Une société anonyme a normalement une autonomie assez importante vis-à-vis de ses actionnaires ; or il s'agit là justement de ce qu'il faut éviter d'avoir pour bénéficier du in house.

Si l'on analyse le droit des sociétés tel qu'il s'applique aux sociétés publiques locales, le rôle des collectivités existe en tant qu'assemblée des actionnaires. Le contrôle qu'elles exercent sur la société est bien faible puisqu'il se limite en fait aux pouvoirs de l'assemblée annuelle. Les organes de gestion de la société - conseil d'administration et directeur général - ne sont pas, au sens strict, des décisions des actionnaires, ce sont des organes indépendants qui agissent dans l'intérêt de la société (25). Ainsi, l'application du droit des sociétés ne pouvant à lui seul garantir l'exception du in house, cette qualification ne peut être retenue que si la société n'est pas trop indépendante, c'est-à-dire si elle subit un contrôle plus poussé que celui que prévoit le droit des sociétés.

Le code de commerce utilise la notion de « contrôle » d'une société par une autre - donc de filialisation - dans son article L. 233-3. Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles le contrôle de la société est issu de droits de vote et de majorités (26). Cette notion s'étend aussi au fait de « nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ». La question qu'il faut se poser est donc celle de la similitude entre ce contrôle du droit des sociétés et le contrôle qu'exerce une personne publique sur ses propres services. En réalité, le caractère « semblable » ou « analogue » du contrôle paraît utopiste. Il n'y a pas grand-chose de commun entre ce contrôle et le contrôle hiérarchique au sein d'une même personne publique. Cependant, le critère du droit de l'Union n'est pas non plus le pouvoir hiérarchique du droit public français (27), tout en étant plus que le simple contrôle de l'actionnaire.

## Les modalités de sécurisation du contrôle institutionnel des sociétés publiques locales

La sécurisation de la relation in house passe donc par un renforcement du contrôle de la collectivité sur les décisions et stratégies de la société publique locale. Pour cela, plusieurs leviers juridiques sont utilisables et il est raisonnable de penser qu'en actionner plusieurs renforce la sécurité de la qualification de contrat in house.

En premier lieu, il convient de remarquer que le droit des sociétés locales contient des contrôles spécifiques (28). On peut penser notamment à tout un ensemble de contrôles prévus initialement pour les sociétés d'économie mixte locales et auxquelles renvoie l'article L. 1531-1 CGCT relatif aux SPL (29). Parmi ces obligations, on trouve celle de prévoir des délibérations des assemblées délibérantes des collectivités actionnaires pour certaines modifications de la SPL (30). Ces délibérations font l'objet d'un contrôle de légalité, mais que l'on ne saurait assimiler à un renforcement du contrôle de la collectivité et qui ne participe donc pas à renforcer le caractère in house. Dans le même sens, le caractère in house n'est pas renforcé par l'article L. 1524-1 CGCT qui organise un droit à l'information en faveur du préfet, qui se voit transmettre les délibérations des organes des SPL, ainsi que leurs comptes annuels et les rapports des commissaires aux comptes. En revanche, cela tend, comme la saisine de la Chambre régionale des comptes (31), à démontrer une soumission des SPL aux mêmes contraintes que les collectivités, donc à l'existence d'une « maison » commune. Plus encore, l'article L. 1524-5 CGCT a été spécialement introduit par la loi sur les SPL pour garantir un minimum de dépendance organique. Il prévoit que chaque collectivité actionnaire a un représentant au conseil de la SPL, mais aussi et surtout que ce représentant est choisi au sein des assemblées délibérantes. La dépendance organique est ici renforcée par rapport au seul droit des sociétés. L'assemblée de chaque collectivité recevra aussi tous les ans, de la part des SPL qui gèrent des «

prérogatives de puissance publique », un rapport sur les conditions d'exercice de celles-ci. Il conviendra qu'elle délibère sur ce rapport (32).

En second lieu et surtout, un ensemble de mécanismes du droit des sociétés peut être utilisé pour renforcer le contrôle organique des collectivités sur les SPL. Cette solution, implicite dans les arrêts de la Cour de justice, a été reprise par l'autorité de la concurrence dans son avis du 24 novembre 2011 relatif aux sociétés publiques locales (33). Ces mesures doivent avoir pour objet, nous dit cet avis de manière non exhaustive, « la définition de l'objet social de la société, la désignation des dirigeants, la fixation de la stratégie, le contrôle des résultats obtenus ». Les modalités de ce contrôle sont, elles aussi, relativement diverses afin de conserver une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes ». Il peut s'agir de mesures permettant une influence directe sur le fonctionnement de l'assemblée. Cela passe alors par la mise en place d'un pacte d'actionnaire qui va organiser ce fonctionnement, ou par des actions de préférence qui ont le même objet, mais qui sont soumises à un régime légal. La création de droits particuliers directement dans les statuts de l'entreprise va aussi dans ce sens. Ces solutions permettent par exemple de mettre en place, en plus des organes légaux du droit des sociétés, un « comité de pilotage » dans lequel on va renforcer le pouvoir direct des actionnaires - publics pour les SPL - sur la vie de la société. Autre solution, la mise en place d'un règlement intérieur ou d'un document ad hoc qui va organiser la vie de la société et permettre d'octroyer des pouvoirs particuliers à des actionnaires, aussi bien sur la fixation de la stratégie que sur les décisions ou le contrôle de la société. À titre d'exemple, dans l'arrêt de la Cour de justice *Commission c. République italienne* de 2008 (34), c'est la présence d'un fonctionnaire représentant les collectivités et dont la mission était d'orienter la politique de l'entité qui avait été un élément déterminant pour la qualification de in house.

En troisième lieu, l'influence de la collectivité étant abordée pragmatiquement par la jurisprudence de la Cour, on peut se demander si l'insertion, dans l'ensemble des contrats liant une SPL à ses actionnaires, de clauses de contrôle poussées ne pourrait pas renforcer le caractère « semblable » du contrôle. Il y aurait là de quoi renforcer la théorie des clauses exorbitantes du droit commun, classique de notre droit administratif depuis l'arrêt centenaire des *Granits porphyroïdes des Vosges* de 1912 (35).

### *Le contrôle d'une activité mise hors concurrence*

L'objet de la quasi-régie n'est pas d'être une exception injustifiée à la concurrence pour favoriser la pérennité du secteur public local. Son origine en droit de l'Union tient au contraire dans une analyse de droit économique, et plus précisément de droit de la concurrence. L'idée qui prévaut est en effet de constater que passer un contrat avec soi-même est un choix de gestion qui ne fait pas entrer cette activité sur le marché concurrentiel. Si, poussée à bout, la logique concurrentielle tendrait à obliger les opérateurs publics à mettre en concurrence la gestion en régie avec les autres modalités de gestion externalisées, l'Union a toujours refusé cette approche (36). Dans cette perspective, la notion de in house est bien une « quasi-régie » (37). L'analyse des critères des contrats de prestations intégrées démontre qu'un certain nombre vise à démontrer la volonté des personnes publiques de ne pas faire entrer l'activité sur un marché concurrentiel.

Le premier critère démontrant cette volonté de ne pas entrer sur un marché et de se comporter « en régie » réside dans l'obligation de ne pas avoir d'actionnaire privé. L'arrêt *Parking Brixen* est repris dans les projets de directive pour interdire que l'entité in house ait la moindre participation privée. On pourrait y voir la volonté de ne pas être influencé par un intérêt autre qu'un intérêt général, mais ce serait oublier que

la plupart des actionnaires des SEML sont des actionnaires parapublics défendant, bien souvent, l'intérêt général. À notre sens, cette exception est plus symbolique, elle a pour objet de démontrer la proximité d'esprit avec la régie. Cette absence de participation privée est exigeante puisque, comme l'avait déjà dit l'Autorité de la concurrence (38), les projets de directive insistent sur le fait que l'analyse de ce contrôle de la société publique locale se fait au moment de l'attribution du contrat (marché ou concession) sans mise en concurrence, mais que si la société s'ouvre à des participations privées par la suite, il faut arrêter le contrat et le remettre en concurrence en suivant les procédures des marchés publics ou des concessions (39).

L'obligation faite aux entités in house d'exercer 90 % de leur activité avec les personnes publiques qui la contrôlent est aussi une volonté de démontrer l'exclusion de ces entités du secteur marchand. En ce sens, les SPL qui, légalement, ne peuvent contracter qu'avec leurs actionnaires (40) tendent à démontrer de véritables prestations intégrées. On notera que la loi de 2006 sur les sociétés publiques locales d'aménagement ne prévoyait pas cette exclusivité, qui a été intégrée à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme par la loi du 28 mai 2010 qui a créé les sociétés publiques locales.

Les projets de directive insistent aussi sur le fait que l'entité in house ne doit pas poursuivre des « intérêts distincts de ceux des pouvoirs publics auxquels elle est liée ». Cette limite consiste à éviter qu'à travers le in house, la personne publique ne crée une forme de démembrement - une filiale en quelque sorte - qui lui permettrait d'utiliser ses moyens habituels pour mener une activité commerciale qui n'est pas normalement de sa compétence. Il ne s'agit pas ici d'interdire les activités concurrentielles des personnes publiques, mais bien de ne pas faire bénéficier de l'exception de in house celles qui ont ce type d'activité.

Les prises de participations des SPL dans des entreprises privées ne sont pas interdites. L'application au SPL - par renvoi - des articles relatifs aux SEML permet en effet, en application de l'article L. 1524-5 du CGCT, des prises de participation dans le capital de sociétés commerciales sous la seule réserve d'un accord des collectivités actionnaires. Cependant, comme le note la circulaire relative au régime des SPL et SPLA (41), le fait que les SPL et SPLA ne puissent agir que pour le compte et sur le territoire de leurs actionnaires rend cette participation complexe et certainement inutile la plupart du temps. En tout état de cause, elle est déconseillée en ce qu'elle crée un risque pour le maintien de la qualification de in house.

Enfin et surtout, les projets de directives « marchés » et « concessions » apportent un élément qui était absent de toute jurisprudence de l'Union et du droit interne et qui démontre bien la nécessité que les entités in house donnent des gages qu'elles sont hors marché. Elles disposent en effet que « la personne morale contrôlée ne tire aucun profit, autre que le remboursement des frais effectivement encourus, des marchés publics qui lui sont attribués par les pouvoirs adjudicateurs » (42). Cette nouveauté renforce clairement le caractère intégré de l'entité in house par rapport à toute autre entreprise commerciale en lui déniait, justement, le caractère commercial. Si l'objet de la société n'est pas de faire des bénéfices, elle n'est, en quelque sorte, qu'un service de la collectivité à qui l'on a donné la personnalité morale d'une société. Cette nouvelle obligation n'est pourtant pas sans poser de difficultés. D'abord, on peut se demander si l'absence d'autorisation de faire des bénéfices ne va pas être très préjudiciable en retirant aux SPL - et surtout aux SPLA - la possibilité d'être à la source des investissements utiles aux projets que lui confie les collectivités actionnaires. Les personnes publiques comptent en effet sur les sociétés locales pour faire, sur leurs fonds propres, une partie des investissements. Elles prennent en réalité une partie des risques à la place des collectivités. En l'absence de possibilité de gagner de l'argent (si elles ne peuvent contracter qu'avec leurs collectivités actionnaires et n'ont pas de possibilité de gagner plus que le prix de revient, tel sera en effet

le cas), elles ne pourront se constituer les réserves nécessaires aux investissements futurs. Les collectivités devront aussi envisager plus régulièrement des interventions directes afin de garantir les investissements nécessaires, soit par des subventions plus nombreuses aux différents projets, soit par des augmentations de capital. Il est à craindre que l'attractivité des sociétés publiques locales diminue beaucoup et que l'usage des SEML baisse encore moins que ce que l'on constate actuellement. Cette interdiction apparaît de plus comme assez peu conforme à certaines techniques managériales qui se développent dans les structures publiques, même si l'on comprend la volonté de rapprocher la gestion des entités in house de celle des services administratifs. Ainsi, les facturations internes entre services sont des pratiques que les structures publiques connaissent. Comme on peut le voir régulièrement à l'université, ces facturations internes n'interdisent pas une certaine forme de gain des services facturants aux autres, avec pour objet des investissements en rapport avec leur activité.

## La pluralité de détention du capital : un indispensable excès à affiner

La relation in house d'une collectivité publique sur une société dont elle est actionnaire résulte donc d'un ensemble de précautions de fond et de forme dans les rapports existants entre les deux structures. Pourtant, on peut se demander si l'une des conditions acceptées par la jurisprudence de la Cour de justice ne porte pas, fondamentalement, un vice qui pourrait affecter la réalité du contrôle analogue des collectivités sur les entités in house, même dans le cadre pourtant relativement précis et encadré des sociétés publiques locales. Il résulte en effet des arrêts Asemfo et Coditel Brabant rendus en 2007 et 2008 par la Cour de justice (43), que le contrôle des collectivités sur l'entité in house est « collectif » (44), c'est-à-dire qu'il s'apprécie en considérant l'ensemble des actionnaires et non tel ou tel actionnaire individuellement.

Ce contrôle collectif est indispensable si l'on ne veut pas trop limiter les hypothèses de quasi-régie, mais l'absence de limite dans cette appréciation est préjudiciable à la cohérence de la notion et mériterait des aménagements.

### *La pluralité de détention du capital, condition sine qua non de l'usage des sociétés publiques locales*

« Le contrôle que les autorités affiliées à cette société exercent sur celle-ci, pour être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services, peut être exercé conjointement par ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité », précise l'arrêt Coditel Brabant (45). Cette possibilité est confirmée dans la définition des quasi-régies telle qu'elle résulte des projets de directives « marchés » et « concessions ». Ces textes distinguent en effet les hypothèses dans lesquelles un pouvoir adjudicateur a, à lui seul, un contrôle suffisant sur l'entité in house, d'autres hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ne peut avoir d'influence déterminante sur la société qu'avec d'autres actionnaires, mais sans que cela lui retire le bénéfice de l'exception « in house ». La loi sur les sociétés publiques locales prévoyant un minimum de deux actionnaires, certaines sociétés peuvent ressortir de la première hypothèse, mais d'autres, notamment les SPL dans lesquelles les associés ont une minorité d'actions ou ne bénéficient pas de droits spécifiques, ressortissent de la seconde.

Dans cette seconde situation, la plus courante, les exigences sont plus nombreuses pour bénéficier de l'exception et ne pas passer des marchés ou concessions après mise en concurrence. Il convient en effet non seulement que l'entité ne fasse pas l'objet de la moindre participation privée, qu'elle n'exerce pas plus de 10 % de ses activités avec une autre personne morale (deux conditions nécessairement remplies dans

le cadre des SPL), mais encore qu'elle remplisse quatre autres conditions démontrant que le contrôle des personnes publiques est « conjointement semblable » avec le contrôle qu'ils peuvent avoir sur leurs propres services. Deux de ces quatre critères sont nécessairement remplis dans le cadre des SPL (chaque pouvoir a un représentant dans les organes de la SPL et les intérêts poursuivis par la SPL ne sont pas différents de ceux des collectivités), les deux autres pouvant l'être (une influence conjointement décisive sur les objectifs stratégiques et les grandes décisions et l'absence de profit tiré des marchés qui sont attribués à la SPL).

Cette existence d'un contrôle commun - même s'il n'a pas à être aussi poussé - est par ailleurs aussi reconnue par le droit commercial, l'article L. 233-3-III précisant que « deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

Le contrôle collectif est une question centrale parce qu'il est indispensable de raisonner en partie de manière globale quand on parle du contrôle des actionnaires. Si on envisageait le contrôle comme une véritable maîtrise de l'actionnariat, il faudrait alors limiter les SPL à deux actionnaires à égalité, ou alors obliger les personnes publiques à agir « de concert » comme le fait le code de commerce. En dehors de ces hypothèses, il ne pourrait y avoir de relations in house entre les actionnaires et la SPL. On le voit, ce serait en réalité mettre un coup d'arrêt au développement de ces formes de sociétés.

Avec cette approche large du contrôle, c'est la notion de in house que l'on élargit, alors même que tous les autres critères servent à la contenir. Il s'agit là d'un tel agrandissement de la maison qu'on se demande si elle ne remet pas en cause l'idée même d'un contrôle semblable à ce qu'une collectivité peut avoir sur ses propres services.

*Faut-il repenser l'étendue du contrôle de la société par les actionnaires très minoritaires ?*

La loi sur les sociétés publiques locales ne connaît qu'une limite minimum au nombre d'actionnaires. Elle ne connaît pas de limite maximum. Ainsi, il existe des sociétés publiques locales créées par des départements et une grande partie des communes de leurs territoires, l'ensemble regroupant environ deux cents sociétés. Sans aller jusque-là, une SPL peut n'avoir que peu d'actionnaires, mais ne réserver à certains d'entre eux qu'une participation inférieure à un pour cent. Quand bien même on réserverait à chaque actionnaire un siège au conseil, comment considérer qu'il y a, de la part des collectivités ultra minoritaires, un contrôle sur la SPL qui soit semblable à celle qu'elle a sur ses propres services ?

Dans une arrêt rendu le 7 novembre 2012 (46), la cour administrative d'appel de Lyon a eu une analyse intéressante. Elle devait juger du caractère in house d'une SPLA dans laquelle une commune n'avait que 1,076 % du capital. Ce critère capitalistique n'étant pas suffisant par lui-même pour refuser la qualification d'entité in house, la cour s'est intéressée aux autres critères du contrôle. En l'espèce, elle constate que la commune n'a pas de représentant au conseil d'administration, qu'elle n'a pas la possibilité d'inscrire un projet à l'ordre du jour en application des statuts de l'entreprise et que si elle bénéficie d'un droit de veto, elle est à l'inverse dans l'impossibilité d'imposer la conclusion d'une concession d'aménagement. Cette analyse in concreto conduit la cour à constater qu'il n'y a pas de contrôle in house : ces éléments empêchent la commune d'être regardée « comme exerçant, même conjointement avec les autres collectivités détenant le capital de la SPLA, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, dès lors qu'elle n'exerce personnellement aucun contrôle ». La cour lie donc le contrôle collectif à un contrôle individuel

sur la société.

On peut se demander si l'on n'est pas en présence d'une certaine incohérence de la part de l'Union, dans la fixation des critères des quasi-régies. D'une part, dans l'arrêt Stadt Halle, la Cour considère que la simple présence d'une personne privée dans le capital, si minoritaire soit-elle, conduit à l'abandon de la qualification de in house. D'autre part, dans l'arrêt Coditel Brabant, la même Cour considère qu'une entreprise qui a une partie infinitésimale du capital de la société peut conserver, avec quelques artifices, un contrôle in house sur l'entreprise. Si la justification était à trouver dans l'idée que les entreprises privées, par nature, ne pouvaient défendre l'intérêt général et que leur présence viciait l'affectio societatis de la SPL, alors comment justifier que l'on accepte de déléguer des services publics à des entreprises privées ? Comment même le droit français a-t-il pu développer l'idée que des organismes privés pouvaient gérer des services publics ? En tant qu'exception au droit de la commande publique, la quasi-régie devrait d'ailleurs être interprétée strictement et non aussi largement.

Les projets de directive impliquent une extension encore plus grande de la notion de in house en ce qu'ils étendent cette notion à des relations non plus verticales, mais horizontales entre personnes contrôlées. Les articles des trois projets de directive relatifs aux « relations entre pouvoirs publics » (47) prévoient en effet qu'une quasi-régie peut être reconnue, et les procédures de marchés évitées, lorsque le marché ou la concession est accordé par une entité in house ayant la qualité de pouvoir adjudicateur « à une personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur ». Cela signifie concrètement que pour la passation de ses propres contrats, la SPL peut ne pas mettre en concurrence si elle passe un contrat avec une autre SPL ou un autre établissement public du même pouvoir adjudicateur. La relation de quasi-régie ne s'apprécie donc plus seulement en fonction du contrôle direct d'une entité sur une autre, mais aussi en fonction du contrôle indirect. Le in house s'envisage donc aussi par groupe de sociétés contrôlées. Si cela est logique au regard de l'analyse économique - par transitivité, si l'entreprise A est contrôlée de manière poussée par la collectivité C, et que l'entreprise B l'est aussi, alors A et B ont les mêmes objectifs et A peut être considéré comme contrôlant B - on a du mal à justifier que les conditions des quasi-régies soient tantôt si strictes tantôt si souples. Plus encore, si la collectivité n'est actionnaire de chacune des entités qu'à hauteur de un ou deux pour cent, il est délicat de penser que le contrôle collectif permet de faire un groupe de sociétés in house et que la relation entre ces deux entités in house peut s'analyser comme étant semblable à celle que la collectivité a sur ses propres services. Il y a là une vue de l'esprit tant on est loin d'un contrôle de tutelle.

Nous plaidons par conséquent pour une clarification. Soit le contrôle du juge sera spécialement strict, concret, sur la réalité du contrôle. En l'absence de représentant spécial de chaque actionnaire ayant des pouvoirs de blocage sur les décisions, on ne voit pas comment la relation intégrée pourrait être reconnue à un actionnaire ultra minoritaire, de surcroît si les contrats qui le lient à la société représentent une toute petite partie de ses contrats. Soit, et cela nous paraît plus raisonnable, il faudrait estimer qu'en deçà d'un certain pourcentage de possession du capital (10 % ?), la voix de la collectivité ne sera pas entendue dans les organes de la SPL et que l'on ne saurait reconnaître une prestation intégrée. Sinon, il faudra que la collectivité mette sa SPL en concurrence. Il faudra qu'elle respecte les procédures de passation des marchés et concessions. Cela n'est pas si grave.

## Notes de bas de page

1) Dans son numéro 6/2012, la RFDA a publié un colloque intitulé « Les sociétés publiques locales » qui comporte, outre cet article, les contributions suivantes :

- la présentation de Pierre Delvolvé, p. 1069 ;
- l'article d'Alexandre Vigoureux, Les avantages comparatifs de la société publique locale, p. 1075 ;
- l'article de Claude Devès, De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ?, p. 1082 ;
- l'article de Nathalie Laval Mader, La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative, p. 1092 ;
- l'article de Joseph Carles, La société publique locale, un outil adapté à l'évolution des missions du service public local ?, p. 1099 ;
- l'article de Pascale Idoux, Les spécificités de l'actionnariat public, p. 1101 ;
- l'article de Lucien Rapp, Le financement des sociétés publiques locales, p. 1107 ;
- l'article de Bruno Dondero, Les dirigeants de sociétés publiques locales, p. 1116 ;
- l'article de Sébastien Brameret, La société publique locale, entre service public et transparence, p. 1127 ;
- l'article de Didier Linotte, La société publique locale comme outil de non mise en concurrence ? L'amont et l'aval, p. 1133 ;
- l'article de Sophie Nicinski, Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence, p. 1135 ;
- l'article de Jean-Gabriel Sorbara, Les sociétés publiques locales et la propriété publique, p. 1140 ;
- l'article de Bertrand Boisseau, La fiscalité des sociétés publiques locales, p. 1146 ;
- l'article de Vincent Dussart, Le contrôle financier sur les sociétés publiques locales, p. 1155.

(2) On sait cependant que la part de capitaux privés des SEML est bien souvent très liée à des organismes publics comme la Caisse des dépôts et consignations ou ses filiales. Pour ce qui concerne la souplesse de gestion, on pense à la soumission des personnels au code du travail et non au statut de la fonction publique, à l'application de la comptabilité privée (même si la comptabilité publique est aujourd'hui bien plus proche qu'elle ne l'était de la comptabilité privée), de l'absence des limites des finances publiques ou de la domanialité publique. V. J.-F. Auby, « Les sociétés publiques locales. Un outil aux contours incertains », RFDA 2012. 99 .

(3) V. B. Dondero, « Les dirigeants des sociétés publiques locales », RFDA 2012, ce numéro ; J.-G. Sorbara, « Les sociétés publiques locales et la domanialité », in RFDA 2012, ce numéro.

(4) CJCE 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03, AJDA 2005. 1983 ; ibid. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2005. 2823 ; RDI 2005. 446, obs. J.-D. Dreyfus .

(5) V. notamment, la séance de la Commission des lois du sénat du 20 mai 2009 ou le Rapport n° 2277 de M. J.-P. Schosteck, député, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 3 févr. 2010. Par ailleurs, cela est rappelé dans la circulaire n° COT/B/11/08052/C relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

(6) Cette crainte d'une fin de l'économie mixte locale avait déjà été soulevée après que le Conseil constitutionnel avait déclaré contraire à la Constitution la disposition de la loi Sapin exonérant les SEML des obligations de publicité et mise en concurrence. La catastrophe n'avait pas eu lieu et les SEML s'étaient adaptées à ces procédures. V. Cons. const., 20 janv. 1993, décis. n° 92-316 DC, Loi Sapin, Rec. Cons. const. p. 14 ; D. 1994. 285, obs. H. Maisl ; RFDA 1993. 902, étude D. Pouyaud .

(7) Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales et loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, art. 20 pour ce qui concerne les SPLA

(8) C'est aussi ce que rappelle le Conseil de la concurrence dans un avis du 24 nov. 2011, n° 11-A-18, S. Brameret, « Les sociétés publiques locales, toujours menacées ? », Lamy coll. territ., mai 2012, n° 79 p. 43 ; S. Destours, « SPL : passeport concurrentiel sous condition », Revue Lamy de la concurrence, janv. 2012, n° 30 p. 37 ; C. Devès « Les SPL sous l'oeil de l'Autorité de la concurrence », AJCT 2012. 93 ; J.-M. Pastor, « SPL et concurrence : les collectivités territoriales doivent être vigilantes », AJCT 2011. 537 ; C. Prébissy-Schnall « Compatibilité des SPL avec les règles de la concurrence et de la commande publique », Contrat. Conc. Conso. Janv. 2012, comm. 26 ; Ph. Neveu, JCP Adm., 13 fév. 2012, n° 6 p. 19.

(9) CJCE 18 nov. 1999, Teckal Srl c. Commune di Viano, aff. C-107/98, BJCP 2000, n° 8 p. 43, concl. G. Cosmas, D. 1999. 276 . Le fait que certaines entités interorganiquement rattachées à des communes doivent être exclues des procédures de passation des marchés avait auparavant été théorisé par l'avocat général A. La Pergola dans ses conclusions sur l'affaire CJCE 10 nov. 1998, Gemeente Arnhem c. BFI Holding BV, aff. C-360/96, BJCP 1999, n° 2 p. 155 ; AJDA 1999. 302, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 1999. 2 ; RDI 1999. 229, obs. F. Llorens .

(10) On verra que les différences sont au nombre de trois pour cette seule reprise de l'arrêt Teckal : le

terme employé est contrôlé « semblable » à celui sur ses propres services (a), l'essentiel de l'activité a été quantifiée à 90 % (b) et l'arrêt Parking Brixen et sa condition d'absence de participation privée intégrée au texte (c). V. Projet de directive « sur la passation des marchés publics » du 20 déc. 2011 COM(2011)896 final, 2011/0438 (COD), art. 11-1 ; projet de directive « relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux », du 20 déc. 2011 COM(2011)895 final, 2011/0439 (COD), spé. art. 21-1 ; et projet de directive « sur l'attribution de contrats de concession », Bruxelles, le 20 déc. 2011 COM(2011) 897 final, 2011/0437 (COD), spé. art. 15-1.

(11) Art. L. 1531-1, CGCT pour les SPL et L. 327-1, C. urb. pour les SPLA.

(12) Art. L. 300-5-2, C. urb. : Créé par la loi n° 2005-809 du 20 juill. 2005 - art. 3 « Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 300-4 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 ».

(13) Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, art. 23.

(14) Art. L. 1415-3, CGCT, créé par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juill. 2009, art. 11.

(15) On notera qu'en matière de délégations de services publics locaux, l'exception du in house ne s'applique pas à toutes les entités possibles, mais seulement aux établissements publics (depuis 2009) et aux sociétés publiques locales (depuis la loi qui les créent). La contrepartie est alors qu'une délégation de service public ne peut être faite à une SPL qu'après un vote de l'assemblée délibérante au vu d'un rapport de présentation et après avis de la Commission consultative des services publics locaux (art. L. 1411-19, CGCT). Pour l'application du droit de l'Union aux concessions, v. CJCE 6 avr. 2006, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari, aff. C-410/04, AJDA 2006. 790 ; RDI 2006. 222, obs. J.-D. Dreyfus .

(16) On peut même penser que le législateur pourrait être amené à assouplir ce critère et permettre que les SPL aient une activité concurrentielle à hauteur de 10 %. Reste qu'il y aurait alors un risque, ne serait-ce que sur le mode de calcul de ce pourcentage (en chiffre d'affaire ? annuel ?).

(17) Sur ce pt, v. rép. min. n° 18924, JO Sénat Q 8 déc. 2011, p. 3146 (sur une question de J.-L. Masson au JO Sénat Q 9 juin 2011), B. Roman-Séquense, « Quelles sont les règles applicables en matière de marchés passés par les sociétés publiques locales (SPL) », Contrats et Marchés publics, n° 2, févr. 2012, comm. 66.

(18) CE 6 avr. 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736 , Lebon p. 155 ; AJDA 2007. 1020 , chron. F. Lenica et J. Boucher ; D. 2007. 1273, et les obs. ; ibid. 2617, chron. G. Clamour ; RDI 2007. 424, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2007. 812, concl. F. Séners ; ibid. 821, note J.-C. Douence ; RTD com. 2007. 694, obs. G. Orsoni ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar .

(19) « [...] a control wich is similar to that which it exercises over its own departments » en anglais, « controllo analogo » en italien. En allemand, comme en français, la formulation a un peu changée passant de « die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen » dans l'arrêt Teckal à « der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine Kontrolle aus, die der gleichkommt, die er über seine eigenen Dienststellen ausübt » dans le projet de directive « marchés » (« über die öffentliche Auftragsvergabe »).

(20) V. G. Kalfèche, « Homonymie et intégration communautaire », in Les notions juridiques, Economica coll. Études Juridiques, T. 31, dir. G. Tusseau, 2009, p. 139.

(21) P. Delvolvé, in « Marchés publics : les critères des "contrats-maison" », RDUE 1/2002, p. 53, analysait déjà la distinction entre les liens institutionnels et les liens fonctionnels qui existaient entre la personne publique et l'entité in house.

(22) CJCE 11 mai 2006, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, aff. C-340/04 , AJDA 2006. 1013 .

(23) CJCE 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03 , spé. pt 66 ; AJDA 2005. 1983 ; ibid. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2005. 2823 ; RDI 2005. 446, obs. J.-D. Dreyfus ; v. aussi CJCE 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA c. Commune Uccle, aff. C-324/07 , AJDA 2008. 2140 ; ibid. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RDI 2009. 115, obs. R. Noguellou ; RTD eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez .

(24) Les projets de directive sur la passation des marchés publics, dans les secteurs classiques comme dans les secteurs spéciaux, ainsi que le projet de directive sur l'attribution des contrats de concession utilisent le terme de « influence décisive », ce qui ne semble pas apporter une différence avec l'arrêt Parking Brixen.

(25) Le code de commerce utilise bien le terme de « contrôle » de la société (notamment, art. L. 233-3 s., C. com.), mais il s'agit du contrôle par les droits de vote

(26) Les deux n'étant pas toujours liés comme le démontre le II de cet article qui présume le contrôle

lorsqu'une société une fraction de droit de vote supérieure à 40 % et que personne n'a une fraction supérieure.

(27) L'arrêt CJCE 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, aff. C-324/07 , préc., pt. 46, précise « La jurisprudence exige que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par une autorité publique concédante soit analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais non pas qu'il soit identique en tous points à celui-ci ».

(28) Sur ces contrôles, v. aussi, T. Bangui, « L'effectivité du contrôle analogue des sociétés publiques locales », Contrats et marchés, n° 5, mai 2012, étude 4.

(29) L'art. 1531-1 CGCT in fine prévoit la soumission des SPL au titre 2 du présent Livre, c'est-à-dire aux art. L. 1521-1 à L. 1525-3 CGCT, sauf disposition contraire à lui-même.

(30) Art. L. 1524-1, CGCT.

(31) Prévue à l'art. L. 1524-2, CGCT.

(32) Art. L. 1524-4, CGCT.

(33) Avis n° 11-A-18 du 24 nov. 2011, préc, relatif à la création des sociétés publiques locales (SPL), pts 45-46, v. note 6.

(34) CJCE 17 juill. 2008, Commission c. République italienne, aff. C-371/05, pt 18, AJDA 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RDI 2008. 500, obs. R. Noguellou .

(35) CE 31 juill. 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille, n° 30701 , Lebon p. 909, concl. L. Blum ; GAJA 18e éd. n° 25 ; D 1916.3.35, concl. L. Blum, Sirey 1917.3.15, concl. L. Blum, RD publ. 1914.1.145, note G. Jèze.

(36) Le pt. 47 de l'arrêt CJCE, 9 juin 2009, Commission c. République fédérale d'Allemagne, aff. C-480/06 (AJDA 2009. 1131 ; ibid. 1715 ; ibid. 1535, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert , note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; RDI 2009. 469, obs. R. Noguellou ; AJCT 2010. 98, étude J.-D. Dreyfus ), précise d'ailleurs expressément à propos du in house que « le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme particulière ».

(37) Ce terme français insistant justement sur une gestion fondamentalement en régie, mais qui passerait par un contrat avec une personne juridiquement distincte. On notera que la Commission générale de terminologie et de néologie a retenu ce terme comme étant le terme officiel en français (JORF 19 nov. 2008, n° CTNX0825937X NOR).

(38) V. son avis préc., n° 11-A-18 du 24 nov. 2011 relatif à la création des SPL.

(39) Pt 5 des articles relatifs aux « relations entre pouvoirs publics », v. note 9 ; cette solution est aussi celle de l'arrêt CJCE 6 juin 2006, ANAV c. commune de Bari, aff. C-410/04, préc.

(40) Art. L.1531-1, al. 3, CGCT pour les SPL et L. 327-1, al. 4, C. urb. pour les SPLA.

(41) Circulaire du 29 avr. 2011 dont l'objet est le régime juridique des SPL et SPLA, n° COT/B/11/08052/C, spé. p. 8-9.

(42) Pt 4 des articles relatifs aux « relations entre pouvoirs publics », v. note 9. On notera que la directive sur les concessions utilise aussi le terme marché public, ce qui ne s'explique pas. Cette exception s'applique seulement pour les cas dans lesquels la possession du capital est conjointe entre plusieurs adjudicateurs qui, à eux seuls, ne pourraient avoir un contrôle suffisant sur l'entité in house.

(43) CJCE 19 avr. 2007, Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), aff. C-295/05 , AJDA 2007. 1759 , note E. de Fenoyl ; ibid. 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant, aff. C-324-07 , préc.

(44) V. sur ce pt, les développements in R. Noguellou « La notion de contrôle analogue », Revue Lamy Coll. Territ. , 2010, n° 60.

(45) Pt 54.

(46) CAA Lyon, 7 nov. 2012, Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte, n° 12LY00811 .

(47) V. note 9.