

La notion de contrôle analogue : état des lieux

Par un arrêt du 22 décembre 2022, la Cour de justice de l'Union européenne apporte des précisions sur les conditions relatives à la mise en œuvre de l'exemption de quasi régie plus particulièrement celle relative au contrôle analogue à exercer sur la personne morale contrôlée. La Cour prohibe un contrôle indirect conjoint en exigeant que chaque pouvoir adjudicateur soit directement représenté au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée. Une représentation conjointe mais directe des pouvoirs adjudicateurs au sein de ces organes demeure toutefois possible.

L'exemption de quasi régie (ou *in house*) a été consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son célèbre arrêt *Teckal*⁽¹⁾ afin d'autoriser un pouvoir adjudicateur à attribuer un marché public en franchise de publicité et de mise en concurrence à une personne morale à la condition qu'il exerce sur cette dernière un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qu'elle réalise l'essentiel de ses activités à son profit. À l'instar du Conseil d'État⁽²⁾, le juge européen considère effectivement que l'autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches qui lui incombent par ses propres moyens sans être obligé de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services⁽³⁾. Aussi, en raison du lien interne particulier qui existe entre le pouvoir adjudicateur et l'entité *in house*, ce dernier peut attribuer à celle-ci un marché public de gré à gré dès lors qu'elle est considérée comme le prolongement interne de ses propres services et qu'elle n'agit alors pas comme un opérateur sur un marché concurrentiel⁽⁴⁾.

Ultérieurement à son arrêt de principe, la Cour de justice de l'Union européenne a étendu cette exemption de mise en concurrence à diverses configurations dont celle où l'entité *in house* est contrôlée conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs⁽⁵⁾. La Cour a également précisé au fil de sa jurisprudence les différentes

Auteur

Laurent Bonnard
Avocat au barreau de Paris
Cabinet Seban Avocats

Références

CJUE 22 décembre 2022, Sambre & Biesme, aff. jointes C-383/21 et C-384/21

(1) CJCE 18 novembre 1999, Teckal Srl contre Comune di Viano et Azienda, aff. C-107/98.

(2) CE 29 avril 1970, Société Unipain, req. n° 77935.

(3) CJCE 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03, point 46.

(4) CE 4 mars 2009, SNIIS, req. n° 300481.

(5) CJCE 6 avril 2006, Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori c/ Commune di Bari, aff. C-410/04.

conditions relatives à la mise en œuvre de cette exemption^[6].

Toutefois, en dépit de ces précisions jurisprudentielles, il existait une « importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public »^[7]. Aussi, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont apporté les précisions utiles sur les conditions de recours à l'exemption *in house* dans le cadre de l'article 12 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 (ci-après, la « Directive marchés publics »). Le législateur national a repris substantiellement les principes de la directive précitée aux articles L. 2511-1 à L. 2511-5 du Code de la commande publique. L'article 12, paragraphe 3 de la Directive marchés publics et l'article L. 2511-3 du Code de la commande publique définissent les trois conditions de l'exemption *in house*. L'une d'elles est l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs d'exercer un contrôle conjoint sur l'entité contrôlée analogue à celui qu'ils exercent sur leur propre service.

La Cour de justice de l'Union européenne a apporté des précisions sur celle-ci dans son arrêt du 22 décembre 2022^[8]. Les faits de l'espèce étaient essentiellement les suivants, la commune de Farcienne (ci-après, la « commune ») et l'entité publique Sambre & Biesme SCRL (ci-après, la « SCRL ») dont la commune était actionnaire, se sont accordées pour réaliser en commun un projet immobilier. La commune et la SCRL étant toutes deux membres d'une société publique, l'IGRETEC, la commune a conclu, au nom et pour le compte de la commune et de la SCRL, un marché public d'assistance technique avec cette dernière en franchise de publicité et de mise en concurrence sur le fondement de l'exemption *in house*. Cependant, contrairement à la commune, la SCRL ne disposait pas d'un représentant au sein des organes décisionnels de l'IGRETEC et pouvait uniquement prétendre être représentée au sein de ces derniers par un représentant de la commune qui siégeait également dans son conseil d'administration. La Cour de justice de l'Union européenne a donc été saisie d'une question préjudicielle tendant à savoir si cette représentation indirecte au sein des organes décisionnels permettait de regarder la condition de contrôle analogue comme remplie.

La Cour juge qu'une représentation directe au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée est nécessaire pour que la condition de contrôle analogue soit réputée

remplie. Cette décision prohibe tout contrôle indirect conjoint mais laisse possible une représentation directe collective au sein des organes décisionnels.

La représentation directe au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée : une condition nécessaire du contrôle analogue conjoint

La Directive marchés publics et le Code de la commande publique érigent la représentation des pouvoirs adjudicateurs au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée comme un critère nécessaire à la reconnaissance d'un contrôle analogue sur ladite entité. Et, la Cour a interprété strictement les textes pour prohiber toute représentation indirecte des pouvoirs adjudicateurs au sein desdits organes décisionnels.

La représentation des pouvoirs adjudicateurs au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée

L'arrêt commenté rappelle tout d'abord que la simple participation au capital d'une personne morale ne suffit pas à regarder la condition de contrôle analogue comme remplie. Le contrôle analogue suppose une représentation des pouvoirs adjudicateurs au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée à l'exclusion d'organes ne disposant pas d'un réel pouvoir de décision sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'entité contrôlée.

Cette exigence était originellement posée par la jurisprudence européenne dans son arrêt *Econord*^[9]. Le Conseil d'État s'était prononcé dans un sens similaire dans un arrêt du 16 octobre 2013^[10] en jugeant que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas être considéré comme exerçant un contrôle analogue sur une entité s'il était seulement représenté dans des organes *ad hoc* ne disposant pas d'un véritable pouvoir décisionnel^[11].

Cette exigence a été expressément reprise tant par l'article 12, paragraphe 3, second alinéa de la Directive

[6] En ce sens notamment, CJUE 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04 : condition relative à la réalisation de l'essentiel de l'activité par l'entité *in house* au profit du pouvoir adjudicateur la contrôlant ; CJUE 29 novembre 2012, *Econord Spa*, aff. C-182/11 : condition relative au contrôle effectif à exercer sur l'entité *in house* par le pouvoir adjudicateur.

[7] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, cons. 30.

[8] CJUE 22 décembre 2022, *Sambre & Biesme*, aff. jointes C-383/21 et C-384/21.

[9] CJUE 29 novembre 2012, *Econord Spa*, aff. C-182/11.

[10] CE 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, req. n° 365079.

[11] On soulignera utilement que dans cet arrêt l'actionnaire public était représenté conjointement dans les organes décisionnels mais la décision a été rendue antérieurement à la Directive marchés publics et le Conseil d'État a suivi les arguments de son rapporteur public lequel indiquait dans ses conclusions « il est vrai que les futures directives sur les marchés publics et les concessions [...] pourraient tendre à assouplir la jurisprudence de la Cour de justice en prévoyant qu'un même membre de l'organe de direction puisse représenter (B. Dacosta, À quelles conditions l'actionnaire public minoritaire d'une société publique peut-il être réputé exercer sur elle un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, *BJCP*, n° 92).

marchés publics que par l'article L. 2511-4 du Code de la commande publique puisqu'aux termes de ces textes, les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les trois conditions suivantes sont remplies :

- les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;
- ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;
- la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

L'obligation d'une représentation au sein des organes décisionnels a été renforcée par l'adoption de la Directive marchés publics. En effet, ainsi que le souligne la Cour de justice de l'Union européenne « en les visant [les conditions relatives à la représentation dans les organes décisionnels et l'influence décisive sur les objectifs et décisions de la personne morale contrôlée] à des dispositions distinctes, à savoir à l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i) et ii), de cette directive, le législateur de l'Union a entendu faire des conditions de représentation des pouvoirs adjudicateurs exerçant un contrôle conjoint sur la personne morale adjudicataire une exigence autonome par rapport à celle tenant à la possibilité d'exercer une telle influence décisive »^[12].

En l'espèce, les statuts de l'IGRETEC distinguaient les associés de catégorie A et les associés de catégorie C dont faisaient partie la SCRL. Or, la « position très minoritaire des associés de catégorie C ne leur permettait pas, de facto, de disposer d'un administrateur pour les représenter au sein du conseil d'administration de l'IGRETEC tandis que les statuts de l'IGRETEC [...] ne garantissaient nullement la présence d'un administrateur désigné par ces associés pour les représenter »^[13]. Aussi, faute d'une représentation au sein des organes décisionnels de l'IGRETEC, la première condition relative au contrôle analogue faisait défaut.

La prohibition d'une représentation indirecte au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée

Faute d'une représentation directe au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée, la SCRL invoquait une représentation indirecte au sein desdits organes dès lors qu'un représentant de la commune siégeait tout à la fois au conseil d'administration de la SCRL et de l'IGRETEC. La Cour rejette ce raisonnement en développant

essentiellement trois arguments à l'encontre d'une telle représentation indirecte.

En premier lieu, la Cour opère une comparaison entre, d'une part, les paragraphes 1 et 2 de l'article 12 de la Directive marchés publics, lesquels correspondent aux articles L. 2511-1 et L. 2511-2 du Code de la commande publique, respectivement relatifs aux conditions de l'exemption *in house* entre un unique pouvoir adjudicateur et l'entité *in house* contrôlée et entre entités *in house* « sœurs » car contrôlées par un même pouvoir adjudicateur et d'autre part, le paragraphe 3 du même article relatif aux conditions de l'exemption *in house* lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs contrôlent une même entité.

En effet, tant les paragraphes 1 et 2 de l'article 12 de la Directive que les articles L. 2511-1 et L. 2511-2 du Code de la commande publique prévoient que le contrôle peut être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur, autrement dit autorise expressément la possibilité d'un contrôle indirect. En revanche, l'article 12, paragraphe 3 de cette directive « ne prévoit pas que les conditions relatives au contrôle du pouvoir adjudicateur sur la personne morale adjudicataire puissent être satisfaites de manière indirecte »^[14].

En deuxième lieu, et ainsi qu'il a été exposé, la Cour considère qu'en distinguant les conditions relatives à la représentation au sein de ces organes décisionnels et à l'influence décisive exercée sur les décisions de l'entité contrôlée, le législateur européen a entendu renforcer l'exigence de représentation en l'érigeant en condition autonome. Partant, une interprétation stricte de cette condition est nécessaire et une représentation directe de tous les pouvoirs adjudicateurs au sein des organes décisionnels apparaît bien obligatoire dans le cadre d'un contrôle conjoint.

En troisième lieu, la Cour relève qu'une interprétation tendant à exiger une représentation directe du pouvoir adjudicateur au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée est conforme à l'objectif poursuivi par l'exemption *in house*. En effet, ainsi qu'il a été évoqué, la logique de cette exemption est qu'un pouvoir adjudicateur peut toujours recourir à ses propres ressources pour assurer ses missions de service public et qu'il peut faire appel à une personne morale juridiquement distincte lorsque celle-ci n'est en réalité que le prolongement de ses propres services. Or, « il ne saurait être considéré qu'un pouvoir adjudicateur utilise ses propres ressources et agit par lui-même lorsqu'il n'est pas en mesure d'intervenir dans les organes décisionnels de la personne morale à qui le marché public est attribué par la voie d'un représentant qui agit au nom de ce pouvoir adjudicateur lui-même ainsi que, le cas échéant, au nom d'autres pouvoirs adjudicateurs, et que, par conséquent, l'expression de ses intérêts au sein de ces organes décisionnels est subordonnée au fait que lesdits intérêts

[12] CJUE 22 décembre 2022, Sambre & Biesme, aff. jointes C-383/21 et C-384/21, points 69-70.

[13] *Ibid.* point 25.

[14] *Ibid.* point 61.

soient communs avec ceux que les autres pouvoirs adjudicateurs y font valoir par l'intermédiaire de leurs propres représentants au sein de ces organes ». En d'autres termes, admettre une représentation indirecte d'un pouvoir adjudicateur au sein des organes décisionnels de l'entité contrôlée irait à l'encontre de la logique de l'exemption *in house* puisque l'expression des intérêts de ce pouvoir adjudicateur serait en réalité subordonné au bon vouloir du pouvoir adjudicateur le représentant indirectement au sein des organes décisionnels de l'entité. Le lien particulier entre le pouvoir adjudicateur et l'entité contrôlée serait brisé.

Eu égard à ces considérations, la Cour juge que l'article 12, paragraphe 3 de la Directive marchés publics « requiert que la participation d'un pouvoir adjudicateur au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs s'effectue par l'intermédiaire d'un représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même ». Un pouvoir adjudicateur ne peut donc pas se prévaloir, comme en l'espèce, de la circonstance qu'un représentant d'un autre pouvoir adjudicateur siège tout à la fois dans ses organes décisionnels et dans ceux de l'entité *in house* pour soutenir qu'il est lui-même représenté dans lesdits organes décisionnels et exerce un contrôle analogue sur l'entité *in house*.

L'interdiction d'une représentation indirecte prohibe tout contrôle indirect conjoint mais non la représentation collective directe au sein des organes décisionnels

L'interdiction d'une représentation indirecte au sein des organes décisionnels d'une personne morale contrôlée par plusieurs pouvoirs adjudicateurs prohibe corrélativement tout contrôle indirect conjoint. En revanche, la représentation collective directive au sein des organes décisionnels demeure possible.

La prohibition d'un contrôle indirect conjoint

Ainsi qu'il a été exposé, l'article 12, paragraphe 1 de la Directive marchés publics et l'article L. 2511-1 du Code de la commande publique prévoient la faculté d'un contrôle indirect puisqu'ils disposent que le contrôle analogue « peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur ». Cette disposition permet de mettre en œuvre des montages qualifiés par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie de « quasi-régie descendante en cascade »^[15]. En substance, lorsqu'un pouvoir adjudicateur A contrôle un

pouvoir adjudicateur B lequel contrôle lui-même une personne morale C alors le pouvoir adjudicateur A est réputé contrôler indirectement la personne morale C et peut donc lui attribuer un marché public en franchise de concurrence sur le fondement de l'exemption *in house*. De même l'exemption est susceptible de jouer entre deux entités *in house* « sœur » lorsqu'elles sont contrôlées par un unique pouvoir adjudicateur.

Dans le silence de l'article 12, paragraphe 3 de la Directive marchés publics et de l'article L. 2511-3 du Code de la commande publique, certains pouvoirs adjudicateurs considéraient qu'un tel contrôle indirect était également possible en cas de contrôle conjoint par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Une telle interprétation permet notamment de soutenir que les membres d'un établissement public de coopération intercommunale ou d'un syndicat mixte sont réputés contrôler indirectement et « en cascade » les éventuelles structures *in house* contrôlées par ledit établissement ou syndicat. Or, il nous semble se déduire de cet arrêt une interdiction d'un contrôle indirect conjoint et de la mise en œuvre de tels montages.

Il est vrai que la configuration de l'espèce n'était pas celle d'une « quasi-régie descendante en cascade ». Et, la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur la question d'un contrôle indirect conjoint mais sur celle d'une représentation indirecte dans les organes décisionnels d'une entité contrôlée conjointement. Cependant, la prohibition d'une telle représentation indirecte nous paraît, *a fortiori*, emporter l'interdiction d'un contrôle conjoint indirect.

En effet, tout d'abord, dans cette dernière hypothèse, le pouvoir adjudicateur réputé contrôler indirectement l'entité *in house* ne pourra être qu'indirectement représenté dans les organes décisionnels de cette dernière alors qu'une telle représentation indirecte est interdite.

Ensuite et surtout, la Cour a déduit l'interdiction d'une représentation indirecte au sein des organes décisionnels du silence des textes sur la possibilité d'exercer un contrôle indirect conjoint. En effet, La Cour a souligné qu'à « la différence des paragraphes 1 et 2 [de l'article 12 de la Directive, son paragraphe 3] ne prévoit pas que les conditions relatives au contrôle du pouvoir adjudicateur sur la personne morale adjudicataire puissent être satisfaites de manière indirecte »^[16] pour conclure que l'exigence de représentation au sein des organes décisionnels d'une personne morale contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs doit « s'effectuer par l'intermédiaire d'un représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même »^[17]. Autrement dit, c'est parce que l'article 12, paragraphe 3 de la Directive – et son équivalent L. 2511-3 du Code de la commande publique – ne prévoit pas la possibilité d'un contrôle

[15] DAJ, « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public », fiche technique, 1^{er} avril 2019, p. 15.

[16] CJUE 22 décembre 2022, Sambre & Biesme, aff. jointes C-383/21 et C-384/21, point 61.

[17] *Ibid.* point 62.

indirect que la Cour a jugé qu'une représentation indirecte au sein des organes décisionnels d'une entité contrôlée conjointement est impossible.

En conséquence, l'arrêt commenté prohibe bien, à notre sens, toute forme de contrôle indirect conjoint et les montages *in house* « en cascade » lorsque la personne morale est contrôlée par plusieurs pouvoirs adjudicateurs doivent être regardés comme contraires à l'article L. 2511-3 du Code de la commande publique.

La potentielle représentation collective directe au sein des organes décisionnels

La Cour de justice de l'Union européenne a condamné la représentation indirecte au sein des organes décisionnels d'une personne morale contrôlée par plusieurs pouvoirs adjudicateurs mais elle n'a pas pour autant jugé irrégulière la représentation collective directe de plusieurs pouvoirs adjudicateurs au sein desdits organes.

En effet, si toute représentation indirecte est nécessairement collective en ce sens où le représentant d'un premier pouvoir adjudicateur est réputé représenter un autre représentant, toute représentation collective n'est pas nécessairement indirecte. Ainsi, deux pouvoirs adjudicateurs ou plus peuvent nommer un représentant commun en charge de les représenter au sein des organes décisionnels. La représentation sera alors collective puisqu'une même personne représentera plusieurs pouvoirs adjudicateurs mais elle sera également directe, le représentant ayant été désigné en commun par les différents pouvoirs adjudicateurs représentant alors chacun d'entre eux.

Une telle représentation collective n'est pas remise en cause par l'arrêt commenté. En effet, tant les paragraphes 1 et 2 que le paragraphe 3 de l'article 12 de la

Directive marchés publics^[18] autorisent une telle représentation collective puisqu'ils prévoient qu'« une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ». Et, la Cour a rappelé ce principe dans l'arrêt commenté puisqu'elle y déclare que « cette disposition [l'article 12, paragraphe 3 de la Directive marchés publics] exige que la participation d'un pouvoir adjudicateur exerçant un tel contrôle conjoint au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée s'effectue par l'intermédiaire d'un membre agissant en qualité de représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même, ce membre pouvant, le cas échéant, représenter également d'autres pouvoirs adjudicateurs »^[19].

Ainsi, la possibilité d'assurer la représentation des actionnaires minoritaires au sein d'une entité publique par un ou plusieurs représentants communs n'est pas remise en cause par le présent arrêt. En revanche, si une telle représentation collective directe est possible, elle n'est pas une condition suffisante à elle seule pour attester d'un contrôle analogue. Ainsi qu'il a été exposé, la Cour a expressément rappelé que le législateur européen a opéré une distinction entre la participation aux organes décisionnels de la personne morale contrôlée et l'influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de cette personne. Dans l'hypothèse où une même personne représente plusieurs pouvoirs adjudicateurs, il conviendra de s'assurer qu'elle dispose d'une influence effective sur les objectifs et les décisions de la personne morale contrôlée.

[18] Et leur équivalent en droit national soit les articles L. 2511-1 à L. 2511-3 du Code de la commande publique.

[19] CJUE 22 décembre 2022, Sambre & Biesme, Aff. C-383/21 et C-384/21, point 71, nous soulignons.