

Le concurrent seulement potentiel d'une société publique locale a un intérêt à agir suffisant pour contester la légalité de sa création

Sébastien Brameret

► To cite this version:

Sébastien Brameret. Le concurrent seulement potentiel d'une société publique locale a un intérêt à agir suffisant pour contester la légalité de sa création : note sous CE, 21 nov. 2018, n° 405702, Département du Puy-de-Dôme , inédit: JurisData n° 2018-020737. La Semaine Juridique - Administrations et collectivités territoriales, LexisNexis, 2019, pp.2022. halshs-01986587

HAL Id: halshs-01986587

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01986587>

Submitted on 18 Jan 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.

Le concurrent seulement potentiel d'une SPL a un intérêt à agir suffisant pour contester la légalité de sa création

Note sous CE, 21 novembre 2018, *Département du Puy-de-Dôme*

Version de travail, publication au JCP A, 2019, n° 4

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences
Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble,

Dans une décision du 21 novembre 2018, le Conseil d'État admet pour la première fois qu'un concurrent seulement potentiel d'une société à capital public locale a un intérêt à agir suffisant pour en contester la création. Cette décision, si elle rappelle que le juge administratif a toujours retenu une approche libérale de l'intérêt à agir, interpelle en ce qu'elle fragilise (à nouveau) le régime juridique de la SPL.

Par deux délibérations des 22 et 25 juin 2013, le Comité du Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) et le Conseil général du Puy-de-Dôme ont accepté la transformation de la Société d'économie mixte pour l'exploitation des réseaux d'eau et d'assainissement et la protection de l'environnement (SEMERAP) en SPL, désormais appelée Société d'exploitation mutualisée pour l'eau, l'environnement, les réseaux, l'assainissement dans l'intérêt du public (SEMERAP) ; les délibérations ont par ailleurs approuvé le projet de statuts de la société, la transformation n'ayant été accompagnée d'aucun changement dans l'objet social de l'entreprise (la SEMERAP exerce des missions relatives aux services publics de l'eau potable, de l'assainissement collectif, de l'assainissement non collectif, du traitement des déchets et de l'entretien et du suivi des bassins d'eau, des missions relatives à la collecte, au transport, au stockage, au traitement des eaux pluviales et à l'élimination de boues détruites et des missions relatives à la surveillance, à l'entretien et au contrôle des infrastructures de défense incendie extérieure). Un double contentieux est né de cette transformation. D'une part, le préfet du Puy-de-Dôme a contesté la légalité de la transformation, en soulevant la question de la nécessaire adéquation entre l'objet social de l'entreprise et les compétences détenues par ses actionnaires. Mettant fin sur ce point à une intense controverse jurisprudentielle, le Conseil d'État a reconnu par sa décision du 18 novembre 2018 que « *la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une société publique locale (...) est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société* » (CE, 14 novembre 2018, n° 405628, SMADC et SEMERAP ; sera publié aux Tables, JCP A, 2019, Note C. Devès, **comm. xxx** ; RFD Adm., 2019, *Comm. S. Brameret, à paraître*). D'autre part, la SA Lyonnaise des eaux France a attaqué les délibérations litigieuses, pour les mêmes motivations de fond. Déboutée en première instance au motif qu'elle ne justifiait pas d'un intérêt à agir suffisant (*TA Clermont-Ferrand, 10 mars 2015, n 1301532 et 1301534, SA Lyonnaise des eaux France, spéc. consid. 4*), la société a obtenu gain de cause en appel (*CAA Lyon, 4 octobre 2016, n° 15LY01099, SA Lyonnaise des eaux*). Le Conseil d'État confirme le raisonnement de la

Cour administrative d'appel, même s'il censure sa décision en tant que la Cour a omis de statuer sur une fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de la demande de la société et renvoie les parties devant la cour administrative d'appel (CE, 21 novembre 2018, n° 405702, *Département du Puy-de-Dôme, spéc. consid. 3*).

La principale question de droit posée au juge de cassation est celle de savoir si une entreprise peut contester la légalité de la création d'une société publique locale par des collectivités territoriales et leurs groupements. Sur ce point, le Conseil reprend le raisonnement de la Cour et lui reconnaît un intérêt à agir, en relevant que « *la délibération litigieuse porte une atteinte suffisamment directe et certaine aux intérêts de la société Lyonnaise des Eaux France qui intervient dans ces domaines d'activité* » (CE, 21 novembre 2018, *préc.*, *consid. 2*). Une fois passé l'étonnement que cette solution provoque, une analyse plus détaillée du raisonnement du juge conduit à relever que l'appréhension très libérale de l'intérêt à agir d'un concurrent potentiel (I) conduit à fragiliser une nouvelle fois le régime juridique de la société publique locale (II).

I. Une appréciation (très) libérale de l'intérêt à agir d'un concurrent potentiel

La présence d'un intérêt à agir est une condition de l'exercice du droit d'action devant les juridictions administratives, y compris dans le contentieux de l'annulation (*v.*, C. Broyelle, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2017, 5^e éd., n° 89-101 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008, n°653-580). La nécessité de pouvoir justifier d'un tel intérêt dans le cas d'un contentieux de la légalité fait régulièrement l'objet de débats au sein de la doctrine, soit pour considérer qu'il n'est pas réellement nécessaire, soit pour considérer que ledit contentieux n'est pas réellement objectif (*en ce sens, v., not., N. Foulquier, Les droits subjectifs des administrés, Dalloz*, 2003). Pour qu'un intérêt à agir soit reconnu, il faut que le requérant démontre que l'acte attaqué lui fait grief et qu'il le concerne spécialement. Sur ces deux points, le juge administratif a, de longue date, opté pour une approche extensive – ou libérale – de son interprétation, ouvrant assez largement le prétoire.

L'arrêt du 21 novembre 2018 confirme ce mouvement. La société Lyonnaise des eaux et la SEMERAP interviennent dans le domaine très concurrentiel de l'eau potable (captage, potabilisation, distribution, retraitement, etc.). La société Lyonnaise des eaux souhaitait contester la transformation de la SEML en SPL en se fondant sur les effets de la théorie des prestations intégrées. Selon cette théorie, un organisme dit *in house* peut se voir attribuer un contrat de la commande publique sans mise en concurrence préalable.

La création de la société publique locale par la loi du 28 mai 2010 correspond à cet objectif de transposer cette théorie en droit interne, comme le relève d'ailleurs le Conseil d'État (CE, 21 novembre 2018 *préc.*, *consid. 2*). Pour qu'il y ait relation *in house*, la collectivité publique doit justifier de l'exercice sur la structure d'un contrôle dit analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; la structure doit par ailleurs réaliser l'essentiel de son activité au profit de son propriétaire public (CJCE, 18 novembre 1999, *aff. C-107/98, Teckal SRL, Rec. I-08121*). La détention de l'intégralité du capital social par des collectivités territoriales ou leurs groupements est un indice puissant de l'existence d'une relation *in house*. Depuis l'adoption de la loi du 28 mai 2010, de nombreuses collectivités territoriales ou groupements ont donc fait le choix de transformer leurs SEML en SPL, comme dans les faits de l'espèce.

Une telle transformation peut porter atteinte aux intérêts des anciens concurrents de la SEML, qui peuvent légitimement avoir l'impression que le contrat leur échappe. C'est la raison pour laquelle la question de la possibilité de saisir non pas le juge du contrat, mais celui de la légalité est posée depuis quelques années par des concurrents (anciens ou potentiels), à l'occasion de la création d'une SPL *ex nihilo* ou de la transformation d'une SEML en SPL. La réponse à cette question est loin d'être évidente comme le relève le rapporteur public, qui relève dans ses conclusions que « *vous pouvez hésiter à confirmer (la) motivation (de la Cour administrative d'appel)* » (E. Cortot-Boucher, *Conclusions sur CE, 21 novembre 2018, non publiées. Nous tenons à la remercier de les avoir mises à notre disposition*).

Les juridictions du fond ont adopté deux positions contradictoires. Pour la Cour administrative d'appel de Bordeaux d'une part, « *en l'absence de mise en concurrence, la société Omnium de gestion et financement, qui de ce fait ne pouvait présenter de candidature, ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour agir contre les délibérations (portant création de la SPL)* » (CAA Bordeaux, 18 juillet 2016, n° 15BX00314, SPL Pompes funèbres publiques des communes associées - Aunis : Contrats et Marchés pub., 2016, 241, note G. Eckert, *consid.* 11). Pour la Cour administrative d'appel de Lyon d'autre part, « *la transformation de la SEMERAP en société publique locale permettra à ses actionnaires de lui confier, sans mise en concurrence préalable, des missions dans les domaines, notamment, de l'exploitation des réseaux d'eau potable et de l'assainissement ; qu'elle porte ainsi une atteinte suffisamment directe et certaine aux intérêts de la SA Lyonnaise des eaux France qui intervient dans ces domaines d'activité* » (CAA Lyon, 4 octobre 2016, n° 15LY01099, SA Lyonnaise des eaux France, *consid.* 3). Entre ces positions, le Conseil d'État a suivi son rapporteur public et a tranché en faveur de l'interprétation libérale du critère de l'intérêt personnel du requérant.

La décision du 21 novembre 2018 s'inscrit dans une continuité jurisprudentielle certaine, depuis que le Président Long a, dans ses conclusions sur l'arrêt *Abisset* du 14 février 1958 (n° 7715, *Rec.* 98 ; citées par le rapporteur public dans ses conclusions), ouvert le prétoire au requérant lorsque les conséquences de l'acte attaqué sur ses intérêts sont « *suffisamment précises, graves et suffisamment probables* ». C'est d'ailleurs ce critère probabiliste qui est mis en avant par le rapporteur public en 2018, celle-ci soulignant « *qu'il est très probable* » que la SPL obtienne le contrat *in house* (*concl. préc.*, p. 9). Cette lecture téléologique de la SPL est reprise par le Conseil, qui déduit des travaux préparatoires de la loi du 28 mai 2010 créant les SPL « *que l'institution de cette nouvelle catégorie de sociétés vise, en particulier, à permettre aux collectivités territoriales et aux groupements de ces collectivités de confier certaines opérations ou certaines activités à des sociétés commerciales en se dispensant de mise en concurrence préalable* » (CE, 21 novembre 2018, *préc.*, *consid.* 2).

Le rapporteur public relève également la décision du 12 octobre 2016, *Société Centrale d'achat et de l'hospitalisation privée et publique* dans laquelle le Conseil admet l'intérêt à agir d'une société à l'encontre de l'acte portant création d'un groupement d'intérêt public intervenant dans le même domaine qu'elle (n° 389998, *Mentionné aux Tables*). Il est possible d'y ajouter une autre décision approchante, concernant le domaine concurrentiel (*pour une approche exhaustive – ou quasi exhaustive – de la jurisprudence, v. A. Béal, Intérêt à agir, J. Cl. Adm., Fasc. 1082*). Dans une décision du 25 novembre 2005, *Rosset*, le Conseil d'État a refusé de reconnaître l'intérêt à

agir des exploitants d'un restaurant d'altitude situé à proximité d'établissements du même type faisant l'objet d'une concession et susceptibles de les concurrencer (n° 259527 et n° 259528, *Rec.* 527). Dans cette espèce, le juge fonde son refus sur le fait que les concurrents n'ont pas fait acte de candidature à l'obtention de l'autorisation municipale, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas cherché à défendre leurs intérêts. C'est précisément à cette impossibilité de défendre des intérêts que le juge cherche à mettre fin dans l'affaire de la SA Lyonnaise des eaux, en reconnaissant un intérêt à agir suffisant.

II. Une (nouvelle) fragilisation du régime juridique de la société publique locale

Au-delà de la discussion sur le bienfondé de cette interprétation, nous souhaitons formuler trois remarques terminales, pour souligner que la décision du 21 novembre 2018 participe du mouvement de fragilisation du régime juridique de la SPL (*sur cette question, v., not., S. Brameret, « Novembre 2018 : mensis horribilis pour les sociétés publiques locales », JCP A, 2018, n° 50*).

En premier lieu, l'analyse probabiliste retenue par le Conseil d'État le conduit à s'affranchir de la réalité du secteur public local. La probabilité de la reconnaissance d'une situation *in house* d'une SPL apparaît somme toute assez relative dans la jurisprudence, autant européenne qu'administrative. Certes, la détention de l'intégralité du capital social est une condition nécessaire. Mais elle est loin d'être suffisante. D'une part, il est nécessaire que l'actionnaire qui souhaite passer le contrat *in house* puisse justifier de la détention d'au moins un siège dans les organes d'administration de l'entreprise (CJUE, 29 novembre 2012, C-182/11 et C-183/11, *Econord SPA* ; critère repris par CE, 6 novembre 2013, n° 365079, *Commune de Marsannay-la-Côte*). D'autre part, le juge n'hésite pas à vérifier que l'actionnaire exerce réellement un pouvoir de contrôle analogue à celui qu'il détient sur ses propres services. Pour cela, il s'attache à relever tous les pouvoirs dérogatoires du droit des sociétés dont dispose la collectivité publique pour contraindre la société à agir selon sa volonté (*pouvoir de nomination du dirigeant, de veto d'une décision de l'entreprise, de détermination de l'ordre du jour du conseil d'administration, etc.* - CJCE, 11 mai 2006, *aff. C-340/04, Carbotermo*). Or, la loi du 28 mai 2010 n'a pas créé de pouvoir de contrôle renforcé au profit des actionnaires publics et le juge est contraint d'apprécier sa réalité cas par cas.

Le double critère de la détention du capital et de voix dans les organes d'administration a été imposé pour éviter la création de sociétés dans lesquelles se trouverait un nombre pléthorique d'actionnaires : par ex. une société départementale dans laquelle toute – ou la plupart – les communes ou leurs groupements sont invitées à devenir actionnaires, aux côtés du département (c'est le schéma retenu par la Société Assistance départementale pour les territoires de l'Oise, constituée autour du Département de l'Oise et de 477 communes et intercommunalités). En effet, la plupart d'entre eux ne pourraient justifier de la réalité de leur contrôle analogue, mais pourraient tout de même s'affranchir des règles de la commande publique. Il ressort de la jurisprudence que la reconnaissance d'une structure *in house* suppose que le nombre de ses actionnaires demeure limité. Dans l'espèce, il est loin d'être acquis que tous les actionnaires pourraient bénéficier de la théorie des prestations intégrées. En effet, le droit des sociétés limite à dix-huit le nombre maximal des administrateurs d'une société anonyme (*Code de commerce, art. L. 225-17*). Or, la SEMERAP devait être constituée autour de quatorze actionnaires. Il n'est dès lors pas évident que

chacun ait pu obtenir au moins un siège au conseil d'administration. Par conséquent, le lien d'automaticité retenu par le juge, qui relève que « *la transformation de la société (...) en société publique locale permettra à ses actionnaires de lui confier, sans mise en concurrence préalable, des missions dans des domaines (identiques à ceux de la Lyonnaise des eaux)* », est loin d'être évident.

En deuxième lieu, la solution retenue par la Cour administrative d'appel de Bordeaux nous semble avoir des mérites indéniables, au premier rang desquels une distinction entre ce qui relève des stades institutionnel ou contractuel de la vie sociale. L'intérêt à agir est ici très indirect : une entreprise redoute que la création d'une SPL ne s'accompagne de l'attribution *in house* du contrat de concession du service public de l'eau. Le Conseil aurait pu considérer que cette entreprise, seulement *potentiellement concurrente*, n'a pas d'intérêt à agir en dehors des hypothèses particulières du recours contractuel, distinguant clairement les recours contre la constitution de la société de ceux relatifs à l'attribution d'un contrat (*c'est l'analyse qui avait été retenue en première instance – TA Clermont-Ferrand, 10 mars 2015, préc., consid. 4*). Si la SPL obtient un contrat *in house*, le concurrent peut saisir le juge des contrats (éventuellement en référé) de la question de la validité de la procédure d'attribution. Celui-ci vérifie alors que les conditions du contrôle analogue de la personne publique sur la structure sont remplies. À défaut, la procédure peut être annulée pour permettre aux concurrents intéressés de présenter une offre.

Les contentieux de la création de la société et de l'attribution du contrat semblent relever de considérations très différentes, et leur confusion fragilise d'autant le régime juridique de la SPL. Sa création peut désormais être contestée par toute entreprise ayant un objet social similaire, quand bien même ladite entreprise n'aurait jamais eu l'intention de se porter candidate à l'obtention du contrat potentiellement *in house*. C'est d'ailleurs ce qui distingue les jurisprudences *SA Lyonnaise des eaux* et *Rosset*, dans laquelle le juge avait refusé l'accès au prétoire à un concurrent au motif que celui-ci n'avait pas fait l'effort de présenter une offre concurrente (*CE, 25 novembre 2005, préc.*). Ici le concurrent potentiel n'a pas besoin de montrer qu'il est intéressé par l'obtention du contrat. La question de la *probabilité* que l'entreprise potentiellement concurrente présente réellement une offre est balayée, au profit de celle de la *probabilité* que la SPL obtienne le contrat *in house*. Les conséquences de la jurisprudence *Département du Puy-de-Dôme* apparaissent pour le moins disproportionnées. La contestation des modalités de passation d'un contrat peut aboutir à la dissolution de la société, alors qu'il s'agissait simplement de permettre à un potentiel concurrent de faire respecter les règles de la commande publique.

En dernier lieu, il faut relever une différence dans l'approche retenue de la SPL dans l'arrêt du 18 novembre et dans celui du 21 novembre, pourtant rendues aux conclusions communes d'E. Cortot-Boucher. Le Conseil d'État rejette l'approche téléologique dans la première décision et considère que la SPL n'est pas dans une situation particulière justifiant un traitement spécifique au regard de la participation des collectivités territoriales à son capital. Il aligne son régime juridique sur celui de la SEML pour conclure à la nécessité d'une adéquation parfaite entre compétences des actionnaires et objet social de l'entreprise. À l'inverse, le Conseil accueille l'analyse finaliste dans sa seconde décision. De ce point de vue, le raisonnement de la Cour administrative d'appel de Lyon présentait une cohérence plus grande : son raisonnement partait du constat que la SPL est créée pour bénéficier de la théorie des prestations intégrées et qu'elle obtiendra nécessairement le contrat *in house* –

ce qui reste discutable. Elle en concluait que cette spécificité permettait d'une part d'envisager un traitement particulier du lien entre compétence et objet social mais, d'autre part, qu'elle n'était pas suffisante pour reconnaître un intérêt à agir à un concurrent en dehors de tout cadre contractuel. Le Conseil d'État s'écarte de cette analyse et distingue les deux hypothèses, sans que le fondement de cette différenciation apparaisse clairement.