

N° 397197

Mme H...

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 5 mai 2017

Lecture du 24 mai 2017

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Nous serons bref sur le cadre juridique et factuel du litige. En vertu de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent « concéder la réalisation des opérations d'aménagement » à toute personne y ayant vocation – en particulier à une société d'économie mixte (SEM). Parallèlement, l'article L. 212-2 du même code institue, dans les zones d'aménagement différé (ZAD), un droit de préemption au profit soit d'une collectivité publique ou d'un établissement public y ayant vocation, soit du concessionnaire d'une opération d'aménagement.

Ce dispositif à deux étages a fonctionné en l'espèce. La communauté d'agglomération de la région nazairienne et de l'estuaire (CARENE) a concédé en 2009, par un traité de concession, à la société d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération nazairienne (SONADEV) la réalisation d'une ZAC, zone d'aménagement concertée dénommée « centre-bourg » à Saint-André-des-Eaux. En 2010, le préfet de la Loire-Atlantique a créé une ZAD du même nom, « du centre-bourg », et a ouvert à la SONADEV le droit de préemption. Et par une décision de début 2012, la SONADEV a préempté une parcelle appartenant à M. et Mme H..., qui ont attaqué cette décision devant la juridiction administrative.

L'un des moyens était tiré du défaut de transmission de cette décision au contrôle de légalité dans les délais – transmission qui est en matière de préemption non seulement une condition du caractère exécutoire, mais aussi de la légalité de la décision (CE, 15 mai 2002, *Ville de Paris*, n° 230015, au Recueil). L'opérance de ce moyen dépendait toutefois du point de savoir si la décision de préemption de la SEM était soumise à l'obligation de transmission au contrôle de légalité. Le tribunal administratif de Nantes a répondu par l'affirmative – et annulé la préemption. La cour a estimé à l'inverse que la décision n'avait à être transmise, et infirmé la solution. Mme H... , qui vient aux droits de son époux décédé, se pourvoit en cassation.

Au cœur de la question se situe l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), selon lequel doivent être transmises au représentant de l'Etat « 8° *Les décisions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, prises par les SEM locales pour le compte d'une commune ou d'un EPCI* », tel que la CARENE.

La cour a jugé que la décision ne pouvait pas être regardée comme ayant été prise « pour le compte » d'une commune ou d'un EPCI.

Pour ce faire, elle s'est placée dans le cadre d'analyse forgé par votre jurisprudence pour déterminer dans quels cas un contrat conclu entre une personne privée, telle qu'une société d'aménagement, et une autre personne privée, telle qu'un entrepreneur, a le caractère d'un contrat administratif alors même qu'aucune personne publique n'y est partie. C'est l'une, vous le savez, des rares dérogations au critère organique du contrat administratif, issue de la jurisprudence *Société d'équipement de la région montpelliéraine* de 1975 (CE 30 mai 1975, n° 86738, au Recueil Lebon p. 326), et cantonnée plus récemment, en particulier par CE 17 juin 2009, n° 297509, *Société anonyme d'économie mixte nationale [SAEMN] Bibracte*, aux Tables¹. Le juge doit rechercher si la société d'aménagement a agi « pour le compte » d'une collectivité publique. Et vous jugez que cette société ne peut être regardée comme agissant « pour le compte » d'une personne publique que si la convention a pour objet exclusif la réalisation d'équipements devant revenir à une personne publique dès réception des travaux. En l'espèce, la cour a relevé que la convention d'aménagement entre la communauté d'agglomération et la SONADEV avait un objet plus large, et que celle-ci n'avait donc pas agi « pour le compte » de celle-là.

Mais il nous semble que ce cadre d'analyse n'était pas approprié.

Les mots « pour le compte » sont, il est vrai, d'une polysémie remarquable, dont le présent dossier fournit un nouvel exemple.

Il y a le « pour le compte » classique, traduisant l'existence d'un mandat de type civiliste, c'est-à-dire une logique de représentation : lorsque A agit pour le compte de B, c'est comme si B agissait. Il y a une transparence de B. Ce n'est pas du tout le sens de l'article L. 2131-2.

Il y a ensuite le « pour le compte » traduisant l'existence de ce que la doctrine a nommé un « mandat administratif », qui correspond à la jurisprudence *Société d'équipement de la région montpelliéraine*. Les mots n'ont déjà plus le même sens : il n'y a pas de représentation juridique de A par B, mais l'idée que B agit dans l'intérêt exclusif de A. Tel est l'esprit de la théorie du « mandat administratif », du moins de ce qu'il en reste. Sa seule et unique fonction est de déterminer si le contrat conclu par la personne privée avec un tiers a un caractère administratif.

Le « pour le compte » de l'article L. 2131-2 du CGCT a encore un autre sens. Trois éléments nous en convainquent.

Trois éléments nous en convainquent.

Le premier est l'architecture des textes. Le 8° de l'article L. 2131-2 parle des décisions traduisant l'exercice d'une prérogative de puissance publique prises « pour le compte » du niveau communal, tout comme le 7° de l'article L. 3131-2 soumet au contrôle de légalité les décisions traduisant l'exercice d'une prérogative de puissance publique prises par les SEM locales « pour le compte » d'un département ou d'une institution interdépartementale, et le 6° de l'article L. 4141-2 soumet de même au contrôle de légalité les décisions de puissance publique prises par les SEM locales « pour le compte » d'une région ou d'un EP de

¹ Cf. aussi CE 11 mars 2011, n° 330722, *Communauté d'agglomération du grand Toulouse, Société d'économie mixte de Colomiers*, au Recueil ; T. confl. 15 oct. 2012, n° 3853, *SARL Port Croisade c/ SA Seeta*, au Recueil

coopération interrégionale. Et chacun de ces items figure dans une subdivision intitulée respectivement « *Régime juridique des actes pris par les autorités communales* », « *Régime juridique des actes pris par les autorités départementales* », et, vous n'en serez guère surpris, « *Régime juridique des actes pris par les autorités régionales* ».

Nous en déduisons que les mots « pour le compte » figurant à chacun de ces trois articles ont pour unique fonction de rattacher la décision prise par une SEM à l'un des trois niveaux de collectivités territoriales que distinguent les dispositions du CGCT relatives au contrôle de légalité, de la classer dans l'une de ces cases, de l'assimiler à l'une des trois couches de collectivités, pour déterminer selon quelles modalités – par exemple, préfet de département ou de région – le contrôle est exercé. En revanche, ce « pour le compte » ne pose pas une condition de fond supplémentaire. La seule condition pour que la décision d'une SEM locale soit soumise au contrôle de légalité, c'est qu'elle traduise l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

Notre deuxième argument est tiré des travaux préparatoires à l'adoption de la loi dite « Sapin » du 29 janvier 1993 (art. 82) dont ces dispositions sont issues. Ces travaux sont très clairs. A un stade des débats, l'exercice du droit de préemption délégué à une SEM titulaire d'une concession pour la réalisation d'une opération d'aménagement foncier a été expressément inclus dans ces items, et soumis au contrôle de légalité. Si la mention a été retirée, c'était seulement parce qu'il n'apparaissait « pas utile », ainsi que cela a été dit devant le Sénat, de donner un exemple de prérogative de puissance publique. Mais il était évident pour le Gouvernement et les parlementaires que ces décisions étaient soumises à l'obligation de transmission².

Le troisième élément, c'est la finalité de ces dispositions, et le souci de cohérence. Il s'agissait de renforcer la transparence et le contrôle sur le secteur para-public local, en particulier dans le cadre des opérations d'aménagement. En outre, il serait très paradoxal d'exclure du contrôle de légalité les décisions de puissance publique prises par des personnes privées, qui sont les maillons de la chaîne administrative les plus éloignés du cœur de l'Etat. Non que la suspicion soit supérieure, mais parce que les autres mécanismes de contrôle administratif internes – contrôle hiérarchique par exemple – en sont absents ou plus atténués: il faut compenser.

Au total, nous pensons que ce « pour le compte de » a une fonction et un sens très différent des autres contextes indiqués. Sa fonction, c'est de rattacher la décision à un niveau de collectivité. Son sens, c'est de désigner la collectivité située en arrière-plan, responsable de l'opération pour laquelle la loi habilite la SEM, de droit privé, à prendre une décision relevant par nature de la puissance publique. Il n'y a pas de puissance publique entre les mains d'une personne privée sans contrôle, même distant, d'une collectivité publique maître d'œuvre. Il s'agit donc ici d'identifier ce contrôleur. Nous ne pensons pas au contrôle capitalistique de la SEM. Mais au contrôle de l'opération d'aménagement. En l'espèce, l'opération a été décidée par la communauté d'agglomération, qui est autorité concédante. La préemption est faite « pour son compte », au sens et pour l'application du 8° de l'article L. 2131-2 du CGCT.

² V. aussi le rapport de la Commission de prévention de la corruption et de la transparence de la vie économique, 1993.

La cour a donc commis une erreur de droit en recherchant un « mandat »

Par ces motifs et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, nous concluons à la cassation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire et au versement par la SONADEV à Mme H... d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.