

N° 437232
Société Socri Gestion c. SA3M

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 10 février 2021
Lecture du 4 mars 2021

Conclusions

M. Marc Pichon de Vendeuil, rapporteur public

Quel est le juge compétent pour connaître d'un contrat passé entre deux personnes privées, lorsque l'une d'entre elles est une société publique locale ?

1. Telle est la principale question posée par le pourvoi formé devant vous par la société Socri Gestion, dont le recours en contestation de validité d'une promesse synallagmatique de vente d'un terrain conclue le 15 décembre 2014 entre une société publique locale d'aménagement (SPLA), la Société d'aménagement de Montpellier Méditerranée Métropole (SA3M), et la société If Ecopôle a été successivement rejeté par le TA de Montpellier puis la CAA de Marseille comme porté devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître.

La société Socri Gestion se plaint de n'avoir pas été mise en mesure de se porter candidate à l'attribution de ce terrain, qui intervient elle-même après que, par une convention signée le 5 décembre 2011, la communauté d'agglomération de Montpellier, devenue Montpellier Méditerranée Métropole, a concédé à la Société d'aménagement de l'agglomération de Montpellier, rebaptisée depuis « SA3M », la réalisation d'une zone d'aménagement concerté dite « Ode à la Mer », située sur le territoire des communes de Lattes et Pérols.

De fait, la promesse synallagmatique de vente porte sur un espace de 120 738 m² (sur les 200 000 prévus par la ZAC) en vue d'y réaliser un programme de construction mixte, à destination commerciale et tertiaire : elle a été conclue après consultation par la société d'aménagement de 9 opérateurs commerciaux susceptibles d'aménager la zone – parmi lesquels ne figurait pas la société Socri Gestion.

Pour justifier la compétence du juge administratif pour connaître de son recours, la société Socri Gestion a fait valoir trois fondements possibles : à titre principal, que le contrat doit être regardé comme une concession de travaux et, à titre subsidiaire, que la SPLA a agi comme mandataire de l'EPCI ou qu'elle était une société transparente.

Logiquement, elle soulève devant vous trois moyens d'erreur de droit et de qualification juridique des faits relatifs à chacun de ces fondements potentiels.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

2. Avant d'examiner successivement ces trois questions, il vous faut un instant vous **demander s'il y a toujours lieu de statuer sur la présente affaire.**

Il résulte en effet des mesures d'instruction diligentées par votre 7^{ème} chambre que la promesse de vente litigieuse, qui a fait l'objet depuis 2014 de plusieurs avenants de prorogation, n'a pas été prolongée au-delà du 30 juin 2020, alors que les conditions suspensives qu'elle contient n'étaient pas toutes levées à cette date : elle est donc arrivée à son terme sans que le transfert de propriété n'ait été effectué et elle ne peut plus produire d'effets pour l'avenir.

Cependant, vous savez que, par votre décision CE 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, n° 413584, A, vous avez notamment jugé que la circonstance qu'une concession soit arrivée à son terme¹ n'est pas, par elle-même, de nature à priver d'objet la demande d'annulation par les tiers.

Nous déduisons de cette jurisprudence – qui témoigne du statut quelque peu hybride des recours dits *Tropic* puis *Tarn-et-Garonne* au regard des règles de non-lieu en matière de plein contentieux, mais il faut sans doute y voir la conséquence du fait que de tels recours peuvent vous conduire à prononcer une annulation – que le litige ne pourrait, en l'espèce, être privé d'objet que si la convention contestée n'avait reçu aucun commencement d'exécution ou produit aucun effet car, dans cette hypothèse, la décision du juge du contrat serait dépourvue de toute portée utile.

Or, en l'espèce, le contrat litigieux nous paraît avoir produit des effets dès lors que la société IF Ecopôle fait valoir, sans être contredite, qu'elle a notamment engagé pour son exécution la réalisation d'études en vue de lever les conditions suspensives, dont le montant s'élève selon ses calculs à 14 millions d'euros. Une éventuelle annulation du contrat ne serait donc pas sans conséquence.

3. Si vous nous suivez sur ce point, vous pourrez alors trancher les délicates questions posées par le pourvoi.

Première question : **le contrat en cause était-il une sous-concession d'aménagement et par suite une concession de travaux**, ce qui entraînerait la qualification de contrat administratif par détermination de la loi, en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, alors applicable (« *Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ») ?

¹ Même raisonnement, dans le cas d'une résiliation – cf. CE 27 mars 2020, *Le Monnier et autres*, n° 426291, A

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

C'est la thèse du pourvoi, selon lequel la promesse synallagmatique de vente n'avait pas seulement pour objet la cession des terrains mais aussi et surtout leur aménagement et leur commercialisation conformément au programme que la SA3M était chargée de mettre en œuvre dans le cadre de la concession d'aménagement dont elle était titulaire.

La critique s'articule en deux branches :

- d'une part, la cour aurait commis une erreur de droit en retenant, pour écarter la qualification de concession de travaux, que le contrat transférait la propriété des terrains à la société If Ecopôle et que le droit d'exploitation de celle-ci résultait exclusivement de ce transfert de propriété ;

- d'autre part, les juges d'appel auraient inexactement qualifié les faits en estimant que la société If Ecopôle était libre de construire et d'exploiter les ouvrages comme elle l'entendait alors qu'elle devait en réalité respecter le programme de la ZAC tel que défini par la communauté d'agglomération de Montpellier.

Il faut reconnaître que le contrat litigieux va assez largement au-delà de la seule promesse de vente, puisqu'il demande à la société If Ecopôle de réaliser une large partie des aménagements prévus dans la ZAC : la nature et les caractéristiques des ouvrages à réaliser y sont définies de manière assez détaillée et il est d'ailleurs significatif que la SA3M ait procédé à une mise en concurrence des opérateurs, sur la base d'un règlement de consultation et d'un cahier des charges. Il est donc difficile de ne pas y voir une sous-concession d'aménagement.

Mais à vrai dire, peu importe en l'espèce, car, à supposer que ce soit le cas, d'une part, ce n'est pas sur ce terrain que s'est placée la cour et, d'autre part et de toute façon, nous pensons que le contrat en litige n'est pas pour autant une concession de travaux car il n'en remplit pas les conditions.

Vous savez en effet que, comme l'a relevé la CJUE dans son arrêt *Helmut Müller* en citant l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, une « *concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* »².

La Cour de Luxembourg tire de ces dispositions que « *pour qu'un pouvoir adjudicateur puisse transférer à son cocontractant le droit d'exploiter un ouvrage au sens de cette disposition, il faut que ce pouvoir adjudicateur puisse disposer de l'exploitation de cet ouvrage. Ce n'est pas normalement le cas lorsque le droit d'exploitation prend sa seule source dans le*

² CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, points 71 et s.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

droit de propriété de l'opérateur concerné. En effet, le propriétaire d'un terrain a le droit d'exploiter celui-ci dans le respect des prescriptions légales applicables. Aussi longtemps qu'un opérateur jouit du droit d'exploiter le terrain dont il est le propriétaire, la possibilité qu'une autorité publique attribue une concession portant sur cette exploitation est, en principe, exclue ».

En d'autres termes, pour qu'il y ait concession de travaux, il faut que le droit d'exploitation soit transféré au concessionnaire, ce qui suppose qu'il reste détenu par la collectivité publique qui se borne à le confier.

Tel n'est en revanche pas le cas dans l'hypothèse d'un simple transfert de propriété puisque le droit d'exploiter n'est alors plus détenu que par le cocontractant de la collectivité publique, qui est libre d'en jouir comme il l'entend.

Or, dans notre espèce, si la convention litigieuse confie à la société If Ecopôle le soin d'exploiter les terrains objets de la promesse de vente, en particulier en y réalisant des ouvrages, il reste que, comme l'a souverainement relevé la CAA de Marseille, la SA3M ne disposera plus, du fait-même de la cession organisée par le contrat, d'aucun droit d'exploitation sur lesdits ouvrages. En conséquence, la rémunération de la société If Ecopôle – c'est-à-dire la « contrepartie des travaux » au sens de la directive – ne proviendra pas du droit d'exploiter ces ouvrages mais seulement de son droit de propriété qu'elle exercera pleinement aussitôt la vente conclue.

Et le même raisonnement vaut tout autant si l'on estime que, derrière la SA3M, c'est la collectivité publique qui agit.

Dès lors, en statuant comme ils l'ont fait, les juges d'appel nous paraissent avoir fait une juste application de la jurisprudence communautaire et avoir exactement apprécié les faits qui leur étaient soumis en en déduisant que le contrat contesté ne pouvait être qualifié de concession de travaux publics.

4. A titre subsidiaire, le pourvoi estime que, si ce n'est par détermination de la loi, c'est **en vertu de vos critères jurisprudentiels** que le contrat litigieux relèverait de votre compétence, dès lors que le principe selon lequel un contrat passé entre deux personnes privées est un contrat privé ne trouve pas à jouer lorsque la personne privée représente, en droit ou en fait, une personne publique, ce qui serait le cas ici, soit en raison du mandat confié à la SA3M soit en raison de son caractère transparent.

A vrai dire, nous ne sommes pas certain qu'à supposer même que vous reconnaissiez l'une de ces deux qualités à la société locale d'aménagement, le contrat litigieux serait administratif pour autant : dans le cadre d'un contrat aux stipulations tout à fait similaires à celui qui fait l'objet du présent litige, le Tribunal des conflits a en effet, en dépit de ce que le critère organique était satisfait, exclu le critère matériel requis pour établir la compétence de la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

juridiction administrative (TC 4 juillet 2016, *Société Generim c/ Ville de Marseille*, n° C4052, T. p. 685) ... Mais au regard de votre office de juge de cassation – qui est de contrôler la légalité du raisonnement des juges du fond –, peu importe à ce stade...

5. La deuxième question posée par le pourvoi est ainsi de savoir si la SA3M agissait en **qualité de mandataire** d'une personne publique, ce qui serait susceptible de satisfaire le critère organique requis par votre jurisprudence la mieux établie (cf. Section 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738, p. 326 ; TC 7 juillet 1975, *Commune d'Agde*, n° 02013, p. 797).

La société Socri Gestion soutient à cet égard que la cour a commis une erreur de droit et inexactement qualifié les faits en déniant cette qualité à la SA3M, alors, selon elle, que la promesse synallagmatique litigieuse a eu pour effet de dessaisir la SA3M de l'essentiel de la mission d'aménagement qui lui a été confiée par la concession d'aménagement conclue le 5 décembre 2011 avec la communauté d'agglomération, pour ne lui laisser qu'un simple rôle de mandataire.

Un tel raisonnement est cependant non seulement tortueux – car, pris au pied de la lettre, il conduirait à interpréter la concession d'aménagement de 2011 au regard de la promesse synallagmatique de 2014 – mais il est en tout état de cause infondé car il heurte le dernier état de la jurisprudence en la matière, qui est marqué par un resserrement des critères de reconnaissance du mandat pour ce qui concerne les aménageurs.

Ainsi, vous avez jugé (CE 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération du Grand Toulouse*, n° 330722, B) qu'« une convention publique d'aménagement qui n'a pas comme seul objet de faire réaliser pour le compte de la personne publique des ouvrages destinés à lui être remis dès leur achèvement ou leur réception n'a pas le caractère d'un mandat donné par cette personne publique à l'aménageur pour intervenir en son nom ».

Le Tribunal des conflits a consacré cette évolution par son arrêt du 11 décembre 2017, *Commune de Capbreton*, n° 4103, p. 416, selon lequel les contrats passés par le titulaire de la convention pour les opérations de construction au sein de la zone d'aménagement, qu'elles aient ou non le caractère d'opérations de travaux publics, sont des contrats de droit privé dès lors que ni la définition des missions confiées au titulaire de la convention d'aménagement, ni les conditions prévues pour leur exécution ne permettent de regarder cette convention comme ayant en réalité pour objet de confier à celui-ci le soin d'agir au nom et pour le compte de la collectivité publique.

Or, la cour a relevé de manière détaillée, et par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que les stipulations de la concession d'aménagement de 2011 ne maintenaient pas la compétence du concédant pour décider des actes à prendre pour la réalisation de l'opération, qu'elles ne prévoyaient pas de substitution de la collectivité publique à son cocontractant pour engager des actions contre les personnes avec lesquelles celui-ci a conclu des contrats et

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

qu'elles ne comportaient pas davantage de mandat explicite au bénéfice de la SA3M.

Ce faisant, les juges d'appel ont fait un maniement exact des critères jurisprudentiels issus de la décision *Capbreton* et ils n'ont pas commis d'erreur de qualification juridique en déduisant de leurs constatations que la société SA3M ne pouvait pas être regardée comme la mandataire de la collectivité publique.

6. La troisième question posée est relative à un autre critère jurisprudentiel d'administrativité des contrats, celui lié au **caractère « transparent » de l'entité cocontractante**. Elle va vous conduire de manière inédite à vous interroger sur la nature des SPL au regard de cette théorie jurisprudentielle.

Nous nous bornerons à vous rappeler³ que cette catégorie de sociétés anonymes de droit prouvé a été créée en deux temps : en 2006, le législateur a d'abord ouvert à titre expérimental aux collectivités la possibilité de créer des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) dont l'objet était, comme leur nom l'indique, de réaliser, pour leur compte et sur leur territoire, toute opération d'aménagement (art. 20 de la loi n° 2006 du 13 juillet 2006, codifié à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme). Puis la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales a élargi de manière pérenne le champ de leurs compétences pour y inclure les opérations de construction, l'exploitation des services publics à caractère industriel ou commercial et « toutes autres activités d'intérêt général » (cf. article L. 1531-11 CGCT),

Ceci étant posé, vous savez que vous regardez normalement comme « transparentes » les entités qui ne sont, en réalité, que les « faux-nez » d'une collectivité : il en va ainsi d'« une personne privée créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources » (CE 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796, ccl. N. Boulouis, p. 130⁴).

A l'aune de ces critères, nous devons avouer que la situation de la SA3M correspond pleinement aux critères définis par votre décision *Commune de Boulogne-Billancourt* et ce d'autant plus que le Tribunal des conflits a très récemment jugé que la circonstance que plusieurs collectivités soient à l'origine de la création d'une entité n'est pas, par elle-même, de nature à écarter la qualification d'entité transparente (TC 6 juillet 2020, *Société Huet Location c/ Etablissement public Cité de la musique - Philharmonie de Paris*, n° 4191, à mentionner aux Tables).

Or, tel est le cas pour la SPLA litigieuse, qui, comme l'a relevé la cour, a été créée à l'initiative de plusieurs collectivités qui en sont chacune actionnaires et qui assurent un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services.

³ Voir, pour une analyse détaillée, les conclusions du président Dacosta sur CE 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n°365079, A.

⁴ Voir, *a contrario*, CE 2 juin 1989, *Union autonome intercatégorielle de la Caisse des dépôts et consignations*, n° 103556, B

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Nous ne vous proposerons toutefois pas de regarder cette société comme « transparente » au regard des contrats qu'elle conclut.

Nous croyons en effet, même si nous n'ignorons pas que ce sujet a pu donner lieu à des controverses doctrinales⁵, que la hiérarchie des normes y fait doublement obstacle.

D'abord parce que vous vous trouvez ici face à **un régime légal** : aux termes des dispositions des articles L. 300-5-2 et L. 327-1 du code de l'urbanisme, le législateur a en effet entendu confier à une entité privée entièrement contrôlée par des collectivités publiques le soin de mener des actions ou opérations d'aménagement qui pourraient être accomplies par la collectivité. En procédant ainsi, il a implicitement mais nécessairement entendu passer outre la théorie jurisprudentielle de la transparence, ce dont vous ne pouvez que prendre acte.

Et vous ne le pouvez d'autant plus que, ce faisant, le législateur n'a méconnu aucun principe conventionnel mais s'est au contraire adossé à eux.

La législation nationale est en effet conforme à **l'exception « in house »** développée par la Cour de Luxembourg depuis son célèbre arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 (aff. C-107/98) et selon laquelle un marché conclu entre une collectivité territoriale et une personne distincte de cette dernière n'a pas à être soumis à une procédure de mise en concurrence préalable, lorsque la collectivité exerce sur la personne un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

Il nous paraîtrait donc incongru, tant au regard du droit de l'Union que de la volonté du législateur, de retenir une conception restrictive dans le seul but d'asseoir la compétence de la juridiction administrative, étant entendu que les contrats passés par les sociétés publiques locales demeurent eux-mêmes soumis aux règles de la commande publique en raison de leur statut de pouvoir adjudicateur au sens de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique.

Simplement, ce sera le cas échéant à d'autres que vous qu'il reviendra d'en juger.

Si vous nous suivez, vous jugerez que c'est sans commettre d'erreur de droit que la cour administrative d'appel de Marseille a jugé que la SA3M n'était pas une « entité transparente ».

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi ;

⁵ Voir, dans notre sens : S. Damarey, *La société publique locale ou la fin des associations transparentes*, AJDA 2011, p. 15 ; S. Nicinski, *Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence*, RFDA 2012, p. 1135 ; et *contra* : S. Brameret, *La société publique locale, entre service public et transparence*, RFDA 2012, p. 1127

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- à ce que la société Socri Gestion verse respectivement à la société SA3M et à la métropole Montpellier Méditerranée Métropole, d'une part, et à la société IF Ecopôle, d'autre part, une somme de 3.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.