

# Défaut de contrôle d'une société publique d'aménagement par une commune, analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services

## Lire les conclusions de :

**Camille Vinet**

Conclusions du rapporteur public

## Lire les commentaires de :

**Paul-Maxence Murgue-Varoquier**

L'injonction de résoudre un contrat pour défaut de mise en concurrence en trois sets gagnants

## DÉCISION DE JUSTICE

---

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 12LY00811 – Association pour la défense du cadre de vie Marsannay-la-Côte, Syndicat de défense des intérêts viticoles de Marsannay-la-Côte – 07 novembre 2012 – C+ [↗](#)

Position confirmée en cassation par le Conseil d'Etat mais l'article 3 de l'arrêt de la Cour est annulé : CE - 6 novembre 2013 - N° 365079, 365082, 366544 - A

## INDEX

---

### Mots-clés

Concession d'aménagement, Publicité et mise en concurrence, SEML, Pluri-contrôle, Contrat in house, Acte détachable, Intérêt à agir, Résolution du contrat

### Rubriques

Marchés et contrats, Aides publiques et économie, Procédure

Résumé Conclusions du rapporteur public Note universitaire

## Résumé

### DECISION CE

<sup>1</sup> Concessions d'aménagement - Soumission à publicité et mise en concurrence préalables - Existence - Dérogation instaurée par l'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme (exception "in house") - Bénéfice de la dérogation - Concessions d'aménagement conclues entre une collectivité territoriale et une SPLA - 1) Condition - Participation de la collectivité au capital et aux organes de direction de la société - 2) Application au cas d'espèce.

<sup>2</sup> 1) Il résulte des dispositions des articles L. 300-4 (deuxième alinéa) et L. 300-5-2 du code de l'urbanisme qu'une collectivité territoriale peut concéder la réalisation d'opérations d'aménagement à une société publique locale d'aménagement (SPLA), créée sur le fondement de l'article L. 327-1 du même code et qui ne peut dès lors exercer son activité que pour le compte de ses actionnaires et sur leur territoire, sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la condition que cette collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit non seulement participer au capital mais également aux organes de direction de cette société.

<sup>3</sup> 2) Cas d'une commune détenant 1,076% du capital de la SPLA et qui, d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de la société, approuve les concessions d'aménagement et n'y a voix délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, ne peut seule requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour et, enfin, n'est directement représentée qu'au sein d'organes ne disposant pas de pouvoir décisionnaire en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à la société. Pas d'erreurs de droit ni de qualification juridique à avoir estimé que la commune ne pouvait pas être regardée comme participant, de façon effective, aux organes de direction de la société ni, par suite, comme exerçant sur elle, même conjointement avec les autres actionnaires, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Exclusion du bénéfice de la dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme prévue par l'article L. 300-5-2 du même code.

## ARRET CAA Lyon : partiellement confirmé

<sup>4</sup> La commune concédante d'aménagement, qui, au regard des dispositions statutaires de la société publique d'aménagement candidate à la concession d'aménagement, ne peut pas directement participer à l'édition des décisions importantes de cette société, ne peut être regardée comme exerçant sur celle-ci un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

<sup>5</sup> Dès lors, le contrat de concession d'aménagement litigieux est exclu du champ d'application de l'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme, lequel permet au concédant de confier directement la concession d'aménagement projeté à un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services, en dehors de la mise en œuvre de la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par les dispositions de l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme.

<sup>6</sup> En l'espèce, la commune concernée, notamment, ne détenait que 1,076% du capital de la Société publique d'aménagement, ne disposait pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration chargée de la prise des décisions les plus importantes de ladite société et ne pouvait requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour dès lors qu'elle détient moins de 5% du capital social de la société concernée.

<sup>7</sup> Notion de contrôle analogue dans le cadre du "in house" : L'exception du « *in house* » permet à un pouvoir adjudicateur d'attribuer, en dehors de toute mise en concurrence, un contrat de prestations à une entité sous réserve qu'il exerce sur celle-ci un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec ce pouvoir adjudicateur.

<sup>8</sup> Voir CJUE, 29 novembre 2012 aff. C-182/11 *Econord S. c/ Comune di Cagno*

# Conclusions du rapporteur public

**Camille Vinet**

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6010](https://doi.org/10.35562/alyoda.6010)

<sup>1</sup> La commune de Marsannay-la-Côte, dans l'agglomération dijonnaise, souhaite créer un nouveau quartier d'habitation dans le secteur dénommé « En Saint-Urbain ». Après avoir créé puis supprimé une ZAC, elle a souhaité conclure une concession d'aménagement avec la société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (SPLAAD), dont elle détient environ 1% du capital.

<sup>2</sup> Le 21 février 2011, l'association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte et le syndicat de défense des intérêts viticoles de Marsannay-la-Côte ont saisi le tribunal administratif (TA) de Dijon d'une demande tendant à l'annulation de la délibération en date du 25 octobre 2010, par laquelle le conseil municipal de Marsannay-la-Côte a décidé de conclure une concession d'aménagement avec la SPLAAD, ensemble la décision du 3 janvier 2011 par laquelle le maire a rejeté leur recours gracieux contre cette délibération.

<sup>3</sup> Elles relèvent toutes deux appel du jugement par lequel le TA de Dijon a rejeté leurs demandes au motif qu'elles étaient dépourvues d'intérêt pour agir à l'encontre de ces décisions.

<sup>4</sup> Plus précisément, pour rejeter comme irrecevables les demandes des appelantes, le TA a retenu qu'à supposer que l'opération envisagée soit de nature à porter atteinte aux intérêts défendus par l'association et le syndicat requérants, la convention approuvée par la délibération en litige n'a pas pour objet d'approuver la phase opérationnelle de la concession d'aménagement et, ainsi, n'a, par elle-même, aucune conséquence directe sur de tels intérêts.

<sup>5</sup> Il semble qu'en retenant cette motivation, le TA s'est inspiré de la jurisprudence « Société d'exploitation du Casino de Fouras » ([CE 17 décembre 2008, n° 294597, B](#)), qui écarte l'intérêt à agir d'une association contre une délibération prévoyant la réalisation, par un concessionnaire, de divers ouvrages, faute d'effet direct de cette délibération sur la réalisation effective des constructions, celle-ci étant subordonnée à une autorisation administrative.

<sup>6</sup> B. Dacosta, dans ses conclusions sur cette affaire, justifiait cette solution par le fait que l'atteinte éventuelle aux sites et au patrimoine de Fouras ne résulterait que des caractéristiques et de la localisation du futur immeuble. Il n'excluait pas la reconnaissance d'un intérêt à agir à l'association si le projet envisagé devait nécessairement porter une atteinte illégale à l'environnement, ce qui ne pouvait être regardé comme étant le cas en l'espèce, notamment parce que la localisation précise des constructions n'était pas connue.

7 Cette solution ne nous paraît pas transposable en l'espèce.

8 En effet, même si la convention litigieuse précise que la décision d'engager ou non la phase opérationnelle sera prise notamment par délibération de l'organe délibérant de la collectivité concédante, le projet est défini de façon plus précise que dans l'affaire du Casino de Fourras.

9 Ainsi, sa localisation est déjà connue. La concession d'aménagement approuvée par la délibération litigieuse définit le quartier retenu, qui est délimité au nord, par le quartier d'habitations situé le long de la rue du Rocher, au Sud par les vignobles en AOC Marsannay-Rosé situé au lieu-dit « Es Barres », à l'Ouest, par le quartier d'habitation situé le long de la rue du Château, et à l'Est par des terres agricoles situées au lieu-dit « Es Barres ». Il résulte de l'énonciation même de la délimitation du quartier, mais également de l'instruction, que les terrains destinés à recevoir 150 logements sont situés dans une zone peu urbanisée, composée d'espaces viticoles, de vergers et de jardins.

10 Ainsi, en ce qu'elle retient un tel terrain comme devant recevoir une opération d'aménagement, la délibération nous paraît avoir un effet direct sur les intérêts défendus par les requérants (sur lesquels nous reviendrons).

11 De fait, avant même la mise en œuvre de la phase dite « opérationnelle », il est confié au concessionnaire le soin de procéder à l'acquisition des terrains nécessaires à la réalisation du projet.

12 Par ailleurs, dans l'hypothèse où la délibération relative à la mise en œuvre de la phase opérationnelle sera adoptée, il ne sera pas besoin de conclure une nouvelle convention. La convention approuvée par la délibération litigieuse présente déjà toutes les caractéristiques de l'opération d'aménagement telle qu'elle est définie par le dernier alinéa de l'article L300-4 du code de l'urbanisme : « Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession ».

13 Nous paraît aller dans le sens de la non transposition de la jurisprudence « Casino de Fouras » au cas d'espèce, des décisions ultérieures du Conseil d'État écartant cette jurisprudence. Par exemple, il l'a écartée dans le cas de la création de zones de développement éolien, qui sans autoriser l'implantation d'éoliennes,

identifient d'ores et déjà des secteurs privilégiés d'implantation. V. CE 16 avril 2010, B. et association Rabodeau Environnement, n° 318067, B.

14

Par ailleurs, le Conseil d'État a admis l'intérêt pour agir d'un particulier à l'encontre d'une décision de signer une convention d'aménagement portant sur une zone déjà identifiée. V. CE 18 novembre 2011, SNC Eiffage aménagement, n° 342147, B, aux conclusions de N. Boulouis, lequel considérait qu'une telle convention faisait grief aux personnes résidant à proximité de la zone concernée en tant qu'elle enclenche sa réalisation par les stipulations relatives aux acquisitions foncières, au programme prévisionnel de travaux ou à la réalisation des équipements publics. Le fait que les voisins puissent déférer au juge les actes proprement urbanistiques ne lui paraissait pas devoir entraîner leur absence d'intérêt à contester la convention qui les met en œuvre. En outre cette convention lui paraissait au moins aussi importante en pratique que la décision qui crée la zone.

15

Nous vous proposons d'adopter la même logique et de considérer qu'en l'espèce, il existe un lien direct entre la délibération attaquée et l'objet social des requérants, que nous rappelons : l'objet social de l'Association de défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte est, aux termes de ses statuts, « d'informer et d'agir pour la qualité de vie à Marsannay-la-Côte notamment pour le maintien du caractère viticole, rural et touristique, pour la maîtrise et le contrôle de l'urbanisme, du stationnement, de la circulation, de la pollution (...) et tout élément participant à la qualité de vie et à la protection de l'environnement » et celui du Syndicat de défense des intérêts viticoles de Marsannay-la-Côte est, également aux termes de ses statuts, l'étude et la défense des intérêts agricoles et viticoles au sein de la commune. Cela nous paraît en adéquation avec l'objet de la délibération attaquée.

16

V. sur l'intérêt pour agir d'un syndicat agricole : v. CE 5 décembre 1994, Syndicat viticole de Pessac-Léognan et autres, n° 130382;130383, A.

17

Si vous nous suivez, vous annulerez le jugement qui a rejeté les demandes comme irrecevables et nous vous proposons d'évoquer ce qui vous amènera à juger, en l'absence d'autres difficultés quant à la recevabilité des demandes, une intéressante question de fond qui n'a pas encore donné lieu à beaucoup de jurisprudence.

18

Les requérantes soulèvent un unique moyen tiré du défaut de publicité et de mise en concurrence préalable à la signature de la convention litigieuse.

19 Il est en effet constant qu'aucune procédure de publicité et de mise en concurrence n'a été organisée en l'espèce, la collectivité s'étant placée dans l'hypothèse de la prestation intégrée, appelée couramment « in house », qui échappe à ces règles.

20 Cette hypothèse est visée par l'article L300-5-2 du code de l'urbanisme, qui prévoit que les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 300-4, qui posent le principe d'une soumission des opérations d'aménagement à une publicité et une mise en concurrence, 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.

21 Le texte a ainsi repris les critères dégagés par la jurisprudence de la CJUE sur laquelle nous reviendrons.

22 L'hypothèse de la prestation intégrée est également prévue au 1° de l'article 3 du CMP : « *Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 : 1° Accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 02005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ; (...)* ».

23 La CJUE a admis que, dans certains cas, les collectivités publiques, alors qu'elles concluent un contrat avec une entité distincte, doivent être regardées comme réalisant la prestation en interne, ce qui justifie de ne pas soumettre une telle prestation aux règles de publicité et de mise en concurrence. Les conditions posées par la CJUE sont les suivantes : la structure avec laquelle la collectivité contracte doit appartenir entièrement à des collectivités publiques et réaliser l'essentiel de ses activités avec la ou les collectivités qui la détiennent, et la collectivité qui concède l'opération d'aménagement doit exercer un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, c'est-à-dire qu'elle doit avoir une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la société.

24 V. CJCE 18 novembre 1999, Teckal., n° C-107/98 ; CJCE 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-485/03.

25 C'est en vue de répondre aux critères de la prestation « in house » que les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) ont été créées, d'abord à titre expérimental, ensuite de façon pérenne, depuis la loi du 28 mai 2010 qui crée les sociétés publiques locales.

26 Aux termes de l'article L327-1 du code de l'urbanisme, « les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales d'aménagement dont ils détiennent la totalité du capital. / Une des collectivités territoriales ou un des groupements de collectivités territoriales participant à une société publique locale d'aménagement détient au moins la majorité des droits de vote. / Ces sociétés sont compétentes pour réaliser toute opération d'aménagement au sens du présent code. Elles sont également compétentes pour réaliser des études préalables, procéder à toute acquisition et cession d'immeubles en application des articles L221-1 et L221-2, procéder à toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L300-1 (...). / Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. ». Ces dispositions précisent également que ces sociétés revêtent la forme de société anonyme d'au moins deux actionnaires.

27 Compte tenu de cette définition législative, les SPLA remplissent systématiquement les deux premiers critères dégagés par la jurisprudence communautaire : elles appartiennent entièrement à des collectivités publiques et exercent leur activité exclusivement pour le compte de celles-ci (le texte va même plus loin que la jurisprudence de la CJUE qui admet l'exercice d'une activité accessoire auprès d'autres personnes que les actionnaires).

28 En revanche, la définition législative de la SPLA ne permet pas de considérer a priori que le critère dit du « contrôle analogue » sera systématiquement rempli.

29 Or, c'est précisément ce point qui fait l'objet d'un débat entre les parties dans l'affaire dont vous êtes saisi.

30 Les requérantes soutiennent que la très faible participation de la commune de Marsannay au capital de la SPLAAD ne lui permet pas d'exercer sur celle-ci un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

31 Cette question a fait l'objet d'une jurisprudence assez évolutive de la CJUE, faisant de l'appréciation du critère de « contrôle analogue » un exercice assez délicat.

32 Ainsi, la CJUE estime que la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Surtout, elle a admis que, dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité concessionnaire à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le contrôle que ces autorités publiques exercent sur cette entité peut être exercé conjointement par ces dernières. : v. par ex. CJUE 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA., C-324/07 et CJUE 19 avril 2007, A., C-295/03.

33 Le Conseil d'État a eu l'occasion de mettre en œuvre ces principes ou de les rappeler : CE 6 avril 2007, Cne d'Aix-en-Provence, n° 284736, A, aux conclusions de F. Seners, et CE 4 mars 2009, SNIFS, n° 300481, A, aux conclusions d'Anne Courrèges.

34 Pour autant, la seule participation d'une collectivité publique au capital d'une SPLA ne nous paraît pas signifier de facto que celle-ci exerce, par le biais du contrôle conjoint, un contrôle analogue, c'est-à-dire, a précisé la CJUE, la capacité d'influencer tant les « objectifs stratégiques » que les « décisions importantes » de la société.

35 C'est notamment l'avis exprimé par l'avocat général Cruz Villalon dans ses conclusions prononcées le 19 juillet 2012 sur une affaire non encore lue à ce jour « C-182/11 Econord Spa. ».

36 Il rappelait ainsi que, pour la CJUE, le caractère entièrement public de la société n'est pas pour autant un indice concluant de ce que toutes les collectivités qui la détiennent exercent sur elle un « contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services », sous peine de vider de son sens le critère du « contrôle analogue ». Il citait les décisions : CJUE 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei, C-340/04, point 37; CJUE 10 septembre 2009, Sea C-573/07, point 45 et Coditel Brabant précitée, point 31.

37 Ce point de vue semble partagé par l'autorité de la concurrence, dans un avis du 24 novembre 2011, n° 011-A-18, relatif à la création des SPL, et par une partie de la doctrine : v. notamment l'étude dirigée par Claude Devès dans la Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 039, 25 septembre 2006, 1219 : « La SPLA : impasse juridique ou ballon d'essai ? » et l'article de Rozen Noguellou dans la revue Droit administration n° 07 de juillet 2010. V. également la note de Sébastien Brameret dans l'AJDA du 30 juillet 2012, p. 1522.

38 Nous partageons également le point de vue selon lequel le seul fait d'être actionnaire d'une SPLA ne caractérise pas, de facto, l'exercice d'un contrôle analogue. L'appréciation de l'existence d'un tel contrôle doit se faire in concreto.

39 L'avocat général Cruz Villalon, dans ses conclusions sur l'affaire précitée, a indiqué que les arrêts Coditel et Sea signifient, selon lui, que l'entité publique adjudicatrice doit pouvoir participer au contrôle effectif de la société concessionnaire, au moins dans une mesure proportionnelle à son poids relatif par rapport à l'ensemble des entités publiques qui contrôlent conjointement la société.

40 Il en déduisait que si la participation à la gestion de la société et la participation à son capital peuvent être minoritaires, aucune d'elles ne peut être inexistante. Ainsi, dans les hypothèses de contrôle collectif de la société, la condition de « contrôle analogue » ne serait remplie que si chacune des entités publiques adjudicatrices a en elle-même la capacité d'influencer, de façon plus ou moins importante, tant les « objectifs stratégiques » que les « décisions importantes » de la société.

41 Il a également précisé que dans la jurisprudence A. précitée, si les collectivités publiques en cause ne possédaient à elles toutes que 1 % du capital (0, 25 % pour chacune), contre 99 % pour l'État espagnol, sans que cela ne fasse obstacle à la reconnaissance de l'existence d'un « contrôle analogue », cela se justifiait notamment par le fait que la société publique était tenue de réaliser les travaux qui lui étaient commandés par les collectivités, qu'elle ne pouvait pas fixer librement le prix de ces interventions et que ses relations n'étaient pas de nature contractuelle.

42 Par ailleurs, la circonstance que la société attributaire poursuive principalement un objectif d'intérêt municipal et n'ait pas de vocation de marché (car elle ne peut pas fonctionner comme toutes les sociétés anonymes ou sociétés par actions, en fixant ses objectifs indépendamment de ses actionnaires), est également à prendre en compte.

43 Il en déduit que le fondement de l'exception à l'exigence générale d'une mise en concurrence publique est qu'il ne peut pas exister de relation contractuelle au sens strict entre l'entité adjudicatrice et la société, du fait de l'absence de « concours de deux volontés autonomes qui représentent des intérêts légitimes différents ».

44 Autrement dit, le mécanisme du contrat « in house » ne pourrait être mis en œuvre que lorsque la société n'a pas la condition de tiers par rapport à l'entité adjudicatrice. A cette fin, il faudra vérifier que la société n'a aucune autonomie vis-à-vis de l'entité adjudicatrice, qui exerce en ce cas son pouvoir d'auto organisation.

45 En l'espèce, la commune de Marsannay-la-Côte possède à peine plus de 1% du capital de la SPLAAD. La communauté de l'agglomération dijonnaise en détient 68, 81%.

46 Les statuts de la SPLAAD prévoient qu'elle est administrée par un conseil d'administration composé de représentants des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales, désignés par l'assemblée délibérante de chacune des collectivités ou groupement de collectivités territoriales actionnaire. Toutefois, les actionnaires dont la participation est minime, c'est-à-dire moins de 5 % pour la SPLAAD, sont réunis en assemblée spéciale pour élire le ou les représentants communs qui siégeront au conseil d'administration ou de surveillance, un siège au moins leur étant réservé, conformément aux dispositions de l'article L. 1524-5 du CGCT auquel les statuts renvoient.

47 Ainsi, la commune de Marsannay-la-Côte n'est pas directement représentée au conseil d'administration de la SPLAAD. Elle l'est indirectement, par le biais du président de l'Assemblée spéciale, qui représente également les 9 autres collectivités dont la participation au capital de la SPLAAD est inférieure à 5%.

48 À ce stade, on serait tenté de conclure à une absence de contrôle analogue à celui que la commune exerce sur ses propres services, dans la mesure où sa présence au conseil d'administration est indirecte.

49 La SPLAAD soutient qu'en tout état de cause, des comités spécifiques ont été mis en place pour le suivi des opérations d'aménagement. Elle se prévaut de la jurisprudence « Sea » ou « Comune di ponte Nossa » de la CJUE (10 septembre 2009, aff. C-573/07).

50 Il en résulte, en effet, que l'existence de comités spécifiques, superposés aux organes prévus par la réglementation nationale, et dans lesquels chaque collectivité, quelle que soit sa taille ou sa participation, possède une voix, peut révéler l'exercice d'un contrôle analogue par des associés minoritaires.

51 Mais, dans cette affaire, la Cour a relevé que les statuts de l'entité adjudicataire attribuaient au comité unitaire et aux comités techniques de larges pouvoirs de contrôle et de décision et, corrélativement, limitaient les pouvoirs de l'assemblée générale en imposant à celle-ci de tenir compte des orientations et des instructions arrêtées par les comités en cause, et en exigeant un avis favorable du comité unitaire avant que l'assemblée générale puisse autoriser l'accomplissement de certains actes par les administrateurs de la société.

52 Les statuts restreignaient également l'autonomie décisionnelle du conseil d'administration en lui imposant de respecter les pouvoirs réservés auxdits comités et en subordonnant ses décisions au respect des instructions émanant de ceux-ci.

53

La cour en a déduit que, « compte tenu de l'étendue des pouvoirs de contrôle et de décision qu'elles attribuent aux comités qu'elles établissent, ainsi que de la circonstance que ces comités sont composés de délégués des collectivités actionnaires, des dispositions statutaires telles que celles de la société adjudicataire en cause au principal doivent être considérées comme mettant les collectivités actionnaires en mesure d'exercer, par l'intermédiaire de ces comités, une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société. »

54

En l'espèce, le règlement intérieur de la SPLAAD prévoit l'existence d'un comité technique et financier dans lequel toutes les collectivités actionnaires sont représentées. Il a vocation à étudier les projets envisagés par la SPLAAD et peut formuler des observations ou des demandes de précisions. Le règlement intérieur prévoit que lorsqu'une opération d'aménagement a obtenu un avis technique favorable de ce comité, il est transmis au conseil d'administration qui statue alors sur les engagements de la SPLA. On peut en déduire, a contrario, qu'un projet qui n'a pas obtenu d'avis favorable ne peut être transmis. En quelque sorte, ce comité a un droit de veto sur les projets. C'est ce que soutiennent la SPLAAD et la commune de Marsannay-la-Côte et cette interprétation nous paraît découler de la rédaction du règlement intérieur.

55

Celui-ci prévoit également l'existence d'un comité de contrôle, dans lequel toutes les collectivités actionnaires sont représentées, qui doit veiller à l'application optimale de la concession d'aménagement ou de tout contrat passé avec un actionnaire. Cela ne nous paraît cependant pas décisif, notamment dans la mesure où il ne paraît pas avoir un réel pouvoir décisionnaire.

56

Si le comité technique et financier dispose un droit de veto sur les projets soumis à la SPLAAD, les statuts de cette société confient un rôle central et déterminant au conseil d'administration dans la conduite de ses activités, de ses objectifs et dans la prise de toutes les décisions importantes.

57

Le pouvoir d'influence de la commune de Marsannay-la-Côte au sein de la SPLAAD se résume à pouvoir peser sur une décision de ne pas valider un projet dans sa dimension technique et financière. En revanche, elle ne peut avoir d'influence sur la décision d'initier une opération d'aménagement, puisque l'avis favorable du comité technique et financier n'impose pas au conseil d'administration d'initier le projet ainsi approuvé. Le conseil d'administration reste le seul compétent, pour toute opération d'aménagement, pour engager la SPLAAD. Dans le suivi des opérations, la commune ne nous paraît pas non plus avoir un réel pouvoir d'influence, notamment parce que

le comité de contrôle n'est doté que de la faculté d'émettre des propositions en vue d'une bonne exécution, mais sans portée obligatoire.

58 Enfin, il ressort des statuts et du règlement intérieur de la SPLAAD que, contrairement à ce qui avait été relevé par la CJUE dans l'affaire Asemfo précitée, cette société n'a pas l'obligation d'accepter toute mission qui lui serait proposée par une collectivité membre. Il semble qu'il y a bien une volonté autonome de la SPLAAD.

59 Dans ces conditions, l'absence représentation directe de la commune de Marsannay-la-Côte au conseil d'administration de la SPAALD nous paraît exclure la qualification de contrôle analogue, compte tenu du rôle central de ce conseil, qui n'est pas suffisamment contrebalancé par les pouvoirs dévolus aux comités au sein desquels la commune est directement représentée.

60 Précisons qu'au jour de l'adoption de la délibération approuvant la signature de la convention litigieuse, c'est le maire adjoint de Quetigny qui représentait les collectivités actionnaires minoritaires. Le maire adjoint de la commune de Marsannay-la-Côte lui a succédé en 2011. Mais, en tout état de cause, cela nous paraît sans incidence : d'une part, le président de l'assemblée spéciale est censé représenter l'ensemble des collectivités qui détiennent moins de 5% du capital. D'autre part, à supposer même que celui-ci fasse entendre plus fort la voix de sa collectivité d'origine au cours de sa présence au conseil d'administration de la SPLAAD, cette influence aurait une durée limitée à un an, qui ne permettrait pas de prendre part à toutes les décisions importantes relatives à un projet donné.

61 Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen tiré de la méconnaissance des règles de publicité et concurrence auxquelles l'article L300-4 du code de l'urbanisme soumet les opérations d'aménagement.

62 Si vous nous suivez, vous annulerez la délibération du 25 octobre 2010 approuvant la signature de la concession d'aménagement litigieuse.

63 L'association et le syndicat requérants vous demandent l'annulation du contrat passé, mais vous savez que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé. Il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une

illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée.

<sup>64</sup> V. CE 21 février 2011, Société OPHRYS et Communauté d'agglomération Clermont-Communauté, n° 337349, 337394, A.

<sup>65</sup> En l'espèce, l'irrégularité est grave et elle n'est pas régularisable : la procédure de publicité et de mise en concurrence ne peut être faite après l'attribution du contrat et la commune de Marsannay-la-Côte n'a pas le pouvoir de décider d'une modification éventuelle des statuts de la SPLAAD.

<sup>66</sup> Nous pensons que, dans le cas particulier, et dans la mesure où il ne résulte pas de l'instruction qu'il y aurait un risque d'atteinte excessive à l'intérêt général, vous pourrez enjoindre à la commune de résilier le contrat passé avec la SPLAAD.

<sup>67</sup> Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de la délibération du 25 octobre 2010 et du jugement attaqué ; à ce qu'il soit enjoint à la commune de résilier la convention d'aménagement conclue avec la SPLAAD ; à ce que les dépens de l'instance et les frais irrépétibles soient mis à la charge de la commune de Marsannay-la-Côte ; au rejet des conclusions de la commune présentées au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative.

# Note universitaire

## L'injonction de résoudre un contrat pour défaut de mise en concurrence en trois sets gagnants

**Paul-Maxence Murgue-Varochier**

Doctorant contractuel à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6011](https://doi.org/10.35562/alyoda.6011)

<sup>1</sup> *Jeu, set et match ! En démontrant leur intérêt à agir dans cette affaire, le non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence et le vice substantiel résultant de l'annulation de la délibération de la commune de conclure le contrat litigieux, les requérants ont emporté la résolution d'une concession d'aménagement conclue entre la commune de Marsannay-la-Côte et une société publique locale d'aménagement portant sur la construction de cent cinquante logements. Une sanction sévère pour les parties qui avaient cru pouvoir s'exonérer du respect des règles de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de l'exception « in house ».*

<sup>2</sup> Triple pari gagné pour l'Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte et le syndicat de défense des intérêts viticoles de Marsannay-la-Côte. La partie semblait pourtant bien mal engagée.

<sup>3</sup> Le 23 mars 2011, l'association et le syndicat formèrent un recours devant le Tribunal administratif de Dijon contre la décision du conseil municipal de Marsannay-la-Côte de conclure une concession d'aménagement pour la construction de cent cinquante logements avec la Société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (SPLAAD). Les juges de première instance infligèrent un camouflet aux requérants estimant, dans un jugement en date du 19 janvier 2012, le recours irrecevable pour défaut d'intérêt à agir (TA Dijon, Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la Côte, n° 1100439). L'association et le syndicat décidèrent néanmoins d'interjeter appel. Les groupements sont compétents pour exercer la défense de l'intérêt collectif de ceux qu'ils représentent contre une décision individuelle favorable. Cet intérêt collectif est apprécié à l'aune de l'objet social du groupement tendant, en l'occurrence, pour l'association « à agir pour la qualité de vie à Marsannay-la-Côte [...] » et pour le syndicat, à veiller aux intérêts agricoles et viticoles de la commune. Cependant, le Conseil d'Etat a pu nuancer sa jurisprudence plutôt bienveillante en estimant qu'une association n'avait pas d'intérêt à agir contre une décision n'ayant « pas directement pour effet » la réalisation d'ouvrages prévus par la

concession (CE 17 décembre 2008, Société d'exploitation du Casino de Fouras, AJDA, 2009, p.502) . Or, en l'espèce, la délibération attaquée du conseil municipal désigne de façon très précise les espaces viticoles, composés de vergers et de jardins, destinés à recevoir les cent cinquante logements. Comme le note le rapporteur public, Mme Vinet, dans ses conclusions, il existe ainsi « un lien direct » entre la délibération attaquée, susceptible de porter une atteinte illégale à l'environnement, et l'objet social des requérants (CAA, 7 novembre 2011, présent arrêt, concl. C. Vinet). C'est en ce sens que la Cour a statué affirmant l'existence d'un « intérêt suffisant pour contester la délibération ». L'association et le syndicat emportent ainsi la première manche.

<sup>4</sup> Les deux autres manches se jouent au fond. L'association et le syndicat invoquaient l'illégalité de la délibération pour défaut de mise en concurrence de la concession d'aménagement conclue entre la commune et la SPLAAD et prétendaient à la résiliation du contrat par le juge de l'injonction. La Cour fit droit aux requérants sur ces deux points en estimant, d'une part, que les conditions de l'exception dites « in house », exonérant la mise en concurrence de certains contrats publics, n'étaient pas remplies dans cette affaire et en enjoignant à la commune, d'autre part, de résoudre la concession d'aménagement avec la SPLAAD pour vice d'une particulière gravité de l'acte détachable annulé.

## I. - L'absence de « contrôle analogue », obstacle à l'exonération des règles de publicité et de mise en concurrence

<sup>5</sup> Le droit de l'Union européenne a profondément transformé le mode de formation des contrats des personnes publiques. Dépassant un certain seuil, les marchés de fournitures, de travaux et de services des collectivités sont aujourd'hui soumis à de lourdes exigences de mise en concurrence. Cependant, la Cour de Justice des Communautés Européennes a institué une exception à ces règles drastiques dans la passation de contrats publics. L'arrêt Teckal, du 18 novembre 1999, permet la formation de contrats dits « in house » ou « contrats maisons » exonérés de ces règles contraignantes. Comme le notait Georges Cosmas dans ses conclusions sur cet arrêt, l'autonomie du cocontractant « suppose que ce dernier ait **effectivement** la qualité de tiers » (CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98, concl. G. Cosmas, BJCP, 2000, n° 8, p. 51) . Dès lors, si un organisme, bien que doté de la personnalité juridique, peut être analysé comme étant dans une situation de dépendance telle, vis-à-vis d'une collectivité publique, qu'il perd toute autonomie en tant que cocontractant, il ne pourra se voir qualifier de tiers. Il sera vu comme un prolongement de la collectivité publique (C. Pilone, Réflexions

autour de la notion de contrat « in house », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. 1, Presses de la faculté de droit de Montpellier, p. 708).

6

L'identification d'un « contrat maison » n'est ainsi possible « que dans l'hypothèse où à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent ». La jurisprudence ultérieure de la Cour est venue affiner cette exception en précisant que la participation, « fut-elle minoritaire », d'une entreprise privée dans le capital de la société cocontractante faisait obstacle à l'exonération des règles de publicité et de mise en concurrence et empêchait, par conséquent la conclusion de contrats « in house » avec la collectivité publique (CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, note J.-F. Sestier, *BJCP*, n° 041, juillet 2005) . *A contrario*, cela signifiait que le capital de la société devait être entièrement public, ce qui excluait *de facto* les sociétés d'économie mixte du bénéfice d'un tel mécanisme. Le législateur français a repris à son compte cette exception aux exigences de publicité et de mise en concurrence à l'article 3, 1° du Code des marchés publics, décliné en 2005 à l'article L.300-5-2 du code de l'urbanisme pour les contrats portant sur des opérations d'aménagement du territoire. Afin de concrétiser cette dérogation la loi du 13 juillet 2006 a créé « la société publique locale d'aménagement », à l'instar de la SPLAAD, « conçue pour externaliser une opération d'aménagement sans mise en concurrence » (M. Peltier, « La société publique locale d'aménagement », *AJDA*, 2006, p. 2371) . C'est exactement la situation dans laquelle semblait **apparemment** se placer le contrat d'aménagement de cent cinquante logements passé, sans mise en concurrence ni publicité, entre la commune de Marsannay-la-Côte et la SPLAAD. Pourtant la Cour administrative de Lyon a estimé que ce contrat n'avait pas été conclu dans les conditions particulières du « in house » exonérant des règles de publicité et de mise en concurrence.

7

La définition législative des sociétés publiques locales précise que l'entière de leur capital est détenu par des personnes publiques et que ces sociétés « exercent leurs activités exclusivement pour le compte de » ces personnes publiques (article L. 327-1 du code de l'urbanisme) . En ce sens, comme le note le rapporteur public, Mme Vinet, les sociétés publiques locales d'aménagement remplissent les deux premiers critères de la jurisprudence communautaire : « elles appartiennent entièrement à des collectivités publiques et exercent leur activité exclusivement pour le compte de celles-ci » (concl. C. Vinet, *op. cit.*) . La Cour de justice et le Conseil d'Etat ont par ailleurs accepté la mise en œuvre de l'exception « in house » dans l'hypothèse d'un cofinancement de la société par plusieurs personnes publiques, comme c'est le cas en l'espèce (CJCE, 13 novembre 2008, Coditel

Braibant, aff. C-324/07 ; CE, 4 mars 2009, SNIS) . C'est toutefois le troisième critère qui pouvait poser problème : l'exigence d'un « contrôle analogue ». La commune de Marsannay-la-Côte exerçait-elle un contrôle sur la SPLAAD comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services ? On ne peut en effet déduire le critère du contrôle analogue de la collectivité publique à celui exercé sur ses propres services du seul financement public de la SPLAAD (v. en ce sens, CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03) .

<sup>8</sup> La Cour administrative de Lyon se livre ici à une analyse *in concreto* de la situation dans laquelle se trouve la SPLAAD par rapport à la commune de Marsannay-la-Côte. Elle relève que le financement de la SPLAAD par la commune est ultra minoritaire puisqu'il ne représente que 1, 076% de son capital. Par conséquent, la commune n'a pas de représentant au conseil d'administration, organe décisionnel de la SPLAAD. D'autre part, son financement étant inférieur à 5%, la commune ne peut influencer sur les décisions de l'organisme puisqu'elle ne dispose pas d'un pouvoir d'inscription de projets à l'ordre du jour du conseil d'administration. Enfin, malgré la participation de la commune au comité technique et financier de la SPLAAD, cette instance « ne peut qu'émettre des propositions et est dénuée de pouvoir décisionnaire ». Dès lors, peut-on véritablement parler de contrôle comparable à celui que la commune pourrait exercer sur ses propres services ? Assurément non. C'est en ce sens qu'a statué la Cour administrative d'appel de Lyon. Dès lors que le critère du « contrôle analogue » n'est pas rempli, il fait obstacle à ce que la commune de Marsannay-la-Côte et la SPLAAD puissent être regardées comme étant « dans la même maison », selon la métaphore utilisée par la doctrine. Elles ne peuvent, par conséquent, conclure des contrats « *in house* » exonérés des règles de publicité et de mise en concurrence.

## II. - Le défaut de mise en concurrence, un vice substantiel justifiant la résolution du contrat

<sup>9</sup> L'illégalité dans la passation du contrat justifiait l'annulation de la délibération attaquée par l'association et le syndicat. Cependant, cette délibération n'est qu'un acte détachable du contrat de construction de cent cinquante logements. Or, comme le rappelle la Cour administrative d'appel de Lyon, « l'annulation d'un acte détachable n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ». La jurisprudence du Conseil d'Etat est venue préciser les conséquences à tirer de l'annulation d'un acte détachable. En 1993, Marcel Pochard, dans ses conclusions sur l'arrêt Société le Yacht-club, estime que la validité du contrat dépend du motif qui a justifié l'annulation de l'acte (CE, 1<sup>er</sup> octobre 1993, Société Le Yacht-club

international de Bormes-les Mimosas, concl. M. Pochard, *AJDA*, 1993, p. 810). Malgré l'annulation de l'acte détachable, « tout automaticité est donc exclue » (L. Richer, « Conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat », *AJDA*, 1998, p. 169) . En 2003, le Conseil d'Etat a résumé cette approche par la formule suivante : « il appartient au juge [...] de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché » (CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, note J.-D. Dreyfus *AJDA*, 2004, p. 394) .

10

La Cour administrative d'appel de Lyon avait donc à apprécier la nature de l'illégalité de la délibération. En l'espèce, l'annulation de la délibération était fondée sur le défaut de mise en concurrence de la concession d'aménagement conclue entre la commune de Marsannay-la-Côte et la SPLAAD. En se rangeant aux conclusions de son rapporteur public, la Cour a estimé que le non-respect de l'obligation de mise en concurrence constituait un vice « d'une particulière gravité ». Le Conseil d'Etat a récemment estimé que le défaut d'information des critères de sélection dans la procédure de mise en concurrence constitue un vice d'une particulière gravité (CE, 10 décembre 2012, Société lyonnaise des eaux) . On peut donc, *a fortiori*, soutenir que l'absence de toute règle de publicité et de mise en concurrence s'apparente à un vice d'une telle nature. Néanmoins, ce vice n'est propre à justifier l'annulation du contrat qu'au regard de l'objet même du contrat. Soucieux de préserver le principe de sécurité juridique, le Conseil d'Etat a élaboré un mécanisme, sur le modèle du bilan initié en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, de confrontation des avantages et des inconvénients liés à l'annulation d'un contrat. Le juge doit ainsi s'assurer que le vice invoqué ne peut faire l'objet d'une régularisation et que l'annulation ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général (CE, 21 février 2011, Société OPHRYS et Communauté d'agglomération Clermont-Communauté) .

11

En l'espèce, la méconnaissance des exigences de publicité et le défaut de mise en concurrence ne peuvent faire l'objet d'une régularisation. Cependant, la concession d'aménagement ayant été conclue plus de deux ans avant la décision de la Cour administrative d'appel, la question du motif d'intérêt général, justifiant le maintien de la concession au regard de l'avancement des travaux, pouvait être posée. La Cour administrative d'appel de Douai avait toutefois estimé en 2005 que, bien qu'entièrement exécuté au moment où le juge de l'excès de pouvoir se prononce, le contrat peut faire l'objet d'une annulation (CAA Douai, 31 mars 2005, Société Thermotique SA) . Le juge lyonnais a ainsi estimé en ce sens, qu'il résulterait de l'instruction, que la résolution du contrat ne porterait pas « une atteinte excessive à l'intérêt général ». Elle enjoint ainsi à la

commune de Marsannay-la-Côte et à la SPLAAD de procéder à la résolution à l'amiable du contrat dans un délai de quatre mois. A défaut d'entente, la commune devra saisir le juge du contrat.

12

La Cour administrative d'appel de Lyon a pris une décision sévère puisque, comme on le sait, la résolution du contrat, à la différence de sa résiliation, est rétroactive. Elle se démarque ainsi de la position contestable d'autres juridictions, comme celle adoptée en 2003 par la Cour administrative d'appel de Paris. Dans le cadre des contrats de partenariat entre l'IEP de Paris et les établissements situés en zone d'éducation prioritaire, le conseil de direction de l'IEP avait conclu des partenariats de recrutement d'étudiants sans définir préalablement la liste des écoles partenaires comme la loi l'imposait. Pourtant, le juge s'était contenté de prononcer la résiliation du contrat, qui ne vaut que pour l'avenir (CAA Paris, 6 novembre 2003, UNI c/ IEP de Paris). Le choix de la résolution plutôt que de la résiliation, et des effets respectifs qu'elles produisent, prend nécessairement en compte des variables pragmatiques. Cependant, sur un plan strictement juridique, l'existence d'une forte liaison entre l'illégalité de l'acte détachable, le consentement de la commune, et le contrat, la concession d'aménagement, justifie une résolution du contrat *ab initio*. En effet, le vice n'est pas seulement propre à l'acte mais déborde sur le contrat lui-même : « la nullité est la sanction adaptée à ce défaut d'accord de volonté ». (L. Marcus, A. Perrin, « Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux », *DA*, janvier 2006, chron. 1). Les requérants emportent ainsi la troisième et dernière manche.