HAL
open science

De la difficulté de confier une activité de service public à une SEML "en cours de constitution"

Sébastien Brameret

To cite this version:

Sébastien Brameret. De la difficulté de confier une activité de service public à une SEML "en cours de constitution". Revue Lamy de la Concurrence, 2013, 35, pp.71-72. hal-02025488

HAL Id: hal-02025488

https://hal.science/hal-02025488v1

Submitted on 15 Mar 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.

xxxx – De la difficulté de confier une activité de service public à une SEML « en cours de constitution »

Par Sébastien BRAMERET

Maître de conférences
à l'Université Grenoble II,
Vice-doyen chargé des relations internationales
Membre du GRDPE

Pour qu'une SEML en cours de constitution puisse se porter candidate à l'obtention d'une délégation de service public, le Conseil d'État précise que tous les (futurs) actionnaires doivent avoir apporté, à la date limite d'examen des candidatures, des informations certaines et précises sur leur participation au capital social.

CE, 19 décembre 2012, n° 354873, Département de l'Aveyron c. Sarl Labhya, sera mentionné aux Tables

Les sociétés d'économie mixte locales sont exclues de la théorie des prestations intégrées (**CJCE, 11 janv. 2005, C-26/03, Stadt Halle RPL : BJCP 2005, nº 40, p. 180 et s., concl. Stix-Hackl ; AJDA 2005, p. 898 et s., note Rolin P.**). Elles doivent donc se soumettre aux procédures de publicité et de mise en concurrence pour la passation de délégations de service public avec les collectivités territoriales, même dans les cas où ces dernières en sont également les actionnaires majoritaires (**Cons. const., 20 janv. 1993, nº 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, RFD adm., 1993, pp. 902 et s, note Pouyaud D.**). La loi du 2 janvier 2002 relative aux sociétés d'économie mixte locales (**Loi nº 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, JORF, 3 janvier 2002, p. 121, AJDA, 2002, p. 139 et s., note Devès C. ; RFD Adm., 2002, p. 923 et s., note Sestier J.-F.**) a cependant assoupli les conditions de candidature à une délégation de service public en prévoyant, en particulier, que *« les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes »* (article L. 1411-1 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales). Si cette disposition n'est pas limitée à l'économie mixte locale (**pour une application hors de ce domaine, V. CAA Bordeaux, 28 octobre 2010, n° 09BX02127, Société d'exploitation du Casino de Pau, Inédit, Contrats et Marchés publ., 2011, n° 2, 56, obs. Llorens F.**), elle y trouve cependant une application particulière, en raison de la proximité de ces sociétés avec les collectivités territoriales.

Le mécanisme de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ne supprime pas les obligations de mise en concurrence, mais en atténue la portée. Il permet en particulier aux collectivités territoriales de lier la création d'une société d'économie mixte locale à l'obtention de la délégation de service public. C'est cette possibilité qui a conduit le département de l'Aveyron à entamer, en juin 2004, des démarches en vue de la création de la société d'économie mixte locale Aveyron Labo, en parallèle à la procédure d'attribution de la délégation de service public de gestion du laboratoire départemental d'analyses. À

l'issue de la phase de mise en concurrence, le département a, par une délibération du 24 octobre 2005, retenu l'offre présentée par la société d'économie mixte locale. Saisi par la société Labhya, candidat évincé, le juge administratif a d'abord déclaré la requête irrecevable, au motif que la délibération attaquée était devenue définitive (**TA Toulouse, 18 juin 2010, n° 0601117, Sarl Labhya**). Saisi en appel, il a par la suite annulé la délibération litigieuse et a enjoint au département de l'Aveyron de négocier avec la société d'économie mixte locale Aveyron Labo la résolution amiable du contrat de délégation de service public (**CAA Bordeaux, 14 octobre 2010, n° 10BX02465, Sarl Labhya, Contrats et Marchés publ., 2012, n° 12, 353, note Eckert G., JCPA, 2011, n° 49, 2281, note Clamour G.**). Pour justifier sa décision, le juge d'appel relève que *« le simple projet que constituait la SAEML Aveyron Labo n'était pas suffisamment avancé au 28 février 2005 pour qu'il soit possible d'apprécier les garanties, notamment financières, de la future société »*. Reprenant le raisonnement de la Cour administrative d'appel – mais non l'intégralité de l'argumentaire – le Conseil d'État confirme, le 19 décembre 2012, l'arrêt d'appel et rejette le pourvoi formé par le département de l'Aveyron. La validité de la candidature d'une société en cours de création nécessite la réunion, *« à la date limite d'examen des candidatures, d'informations certaines et précises sur la participation au capital de la future société ».*

L'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales autorise les sociétés *« en cours de constitution »* à présenter une offre. Le juge administratif vient en définir les contours, lui donnant ainsi une certaine matérialité. Auparavant, il avait déjà précisé qu'il n'est pas nécessaire que la personnalité morale soit constituée pendant le déroulement de la consultation (**TA Nantes, 6 novembre 2001, n° 993636, Mme Françoise Marchand**) mais que, en revanche, la candidature ne peut être acceptée que *« sous réserve toutefois que les références et attestations exigées par le règlement de consultation puissent être vérifiées au niveau des associés de cette société »* (**CAA Bordeaux, 28 octobre 2010, arrêt préc.**). Par sa décision du 19 décembre 2012, le Conseil d'État précise encore un peu la notion de société en cours de constitution. La simple approbation du principe de la création d'une société et de projets de statuts est insuffisante pour que le projet de société soit assimilé à une société en cours de création au sens de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dès lors que, à la date de réception des candidatures, *« l'ensemble des personnes sollicitées pour entrer au capital n'avaient (…) ni donné leur accord de principe, ni fixé le montant de leur éventuelle participation ».* Le Conseil d'État confirme la solution retenue par la cour administrative d'appel, et enjoint le département à la résoudre le contrat conclu avec la société d'économie mixte locale. La portée de cette solution appelle quelques remarques.

La solution retenue par le juge administratif a pour curieuse conséquence de mettre la collectivité dans la situation que la réforme du 2 janvier 2002 avait – précisément – pour ambition d'éviter. Que faire en effet de sociétés spécialement créées pour l'obtention d'un contrat de délégation de service public – et dont l'objet social est dirigé vers cet unique objectif – mais qui n'obtiendraient pas ledit contrat à l'issue de la procédure de mise en concurrence ? Afin de limiter les risques de création de sociétés peu utiles pour les collectivités territoriales actionnaires, le législateur a instauré en 2002 une sorte de clause résolutoire à la création de la société. Dans ce cas de figure, la société n'est créée qu'à la condition d'obtenir le contrat de délégation de service public pour lequel elle a été conçue. Le Conseil d'État ne revient pas sur ce mécanisme, mais l'assortit de conditions assez

restrictives quant à l'avancement du projet de constitution de société. Il en réduit d'autant l'intérêt pratique.

Cette remarque en appelle une seconde, relative cette fois-ci à la portée de l'arrêt du Conseil d'État. L'injonction de résolution du contrat prononcée par le juge est une solution dont la portée pratique mérite d'être relativisée. Le juge administratif ne peut en effet pas revenir sur la création de la société par la collectivité territoriale. Par conséquent, la résolution du contrat conclu entre le département de l'Aveyron et la SEML Aveyron Labo ne fait que déplacer la difficulté. À l'issue de la nouvelle procédure de mise en concurrence, le concurrent évincé devrait se retrouver – selon toute vraisemblance – en concurrence avec une société créée spécialement par le déléguant, dont l'objet social correspond peu ou prou à l'objet de la délégation. Dans ces conditions, il n'a que très peu de chances d'obtenir le nouveau contrat, l'efficacité de la mise en concurrence apparaissant pour le moins relative (**Sur le caractère relatif de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locales chargées de missions de service public, v. Brameret S., Les relations des collectivités territoriales avec les Sociétés d'économie mixte locales, LGDJ, 2011, n° 522-540**). La décision du 19 décembre 2012, souligne, une fois de plus, les ambivalences du recours aux sociétés d'économie mixte locales. Il est peut-être temps de revenir sur le rejet de principe de l'assimilation des sociétés d'économie mixte locales à des prestataires intégrés, et d'une façon plus générale, sur les modalités d'attribution des délégations de service public à des sociétés spécialement créées et contrôlées à cette fin par les collectivités territoriales.