

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CLERMONT-FERRAND**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N°1600426

SPL SEMERAP

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**M. Gazagnes
Président**

Le président,

Ordonnance du 29 mars 2016

39-02-02-01

39-08-015-01

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 11 mars 2016, la Spl Semerap, représentée par la selarl Auverjuris, demande la suspension de la procédure en cours d'attribution de la délégation du service public d'assainissement collectif de la commune de Chamalières et sa condamnation à lui verser la somme de 3000 euros ; elle soutient qu'elle a été évincée irrégulièrement de la procédure par un courrier du 17 février 2016 et que la commune de Chamalières aurait dû examiner son offre et non pas seulement sa candidature.

Par un mémoire en défense enregistré le 22 mars 2016, la commune de Chamalières, représentée par la scp Teillot & associés, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la Spl Semerap à lui verser la somme de 2000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que la requête, ne précisant pas si le juge des référés est saisi dans le cadre du service public de l'eau ou de l'assainissement, elle est irrecevable ; que la Spl Semerap n'a pas d'intérêt pour agir, n'ayant pas été écartée de manière irrégulière ; que le juge des référés ne peut annuler le contrat qui n'a pas été signé ; qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit, la Spl Semerap ne pouvant, par la loi, être candidate à une DSP portée par une collectivité qui n'est pas au capital de cette société ni sur un territoire qui n'est pas celui de ses actionnaires.

Par un mémoire distinct de la requête, enregistré le 11 mars 2016, et un mémoire complémentaire, enregistré le 23 mars 2016, la Spl Semerap demande au tribunal que la question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales soit transmise au Conseil d'Etat.

Elle soutient que l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales prive les Spl du droit de candidater à d'autres marchés ou contrats publics que ceux de ses collectivités actionnaires ; que si les Spl se trouvent contraintes de ne contractualiser qu'avec leurs collectivités territoriales, ces dernières demeurent libres de conclure un marché ou une concession avec n'importe quel opérateur économique ; que l'atteinte au principe d'égal accès est d'autant plus patent que la loi française, contrairement aux directives marché et concessions, n'admet que les Spl puissent avoir, à côté de leurs activités principales pour les collectivités actionnaires, une activité à hauteur de 20 % pour les collectivités autres que celles qui les contrôlent ou des tiers ; que cette possibilité de contracter pour des personnes autres que leurs actionnaires est ouverte aux sociétés d'économie mixte locale alors que ces dernières peuvent bénéficier du régime de la quasi régie et même pour des services en régie ou des personnes publiques ; que ce régime très contraignant crée de graves distorsions dans l'application du principe constitutionnel d'égal accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence et à la liberté d'entreprendre.

Par un mémoire enregistré le 22 mars 2016, la commune de Chamalières conclut au rejet de la demande de la Spl Semerap.

Elle soutient que la question soulevée est dépourvue de caractère sérieux, le législateur pouvant régler de façon différente des situations différentes, la différence de traitement doit simplement être en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; créées uniquement pour échapper aux principes de la commande publique, les Spl à capitaux publics détenus à 100 % ne peuvent agir que pour les actionnaires et sur leur territoire ; que ces conditions restrictives ont été posées pour justement leur permettre d'échapper aux principes de la commande publique et notamment celui de la mise en concurrence.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, notamment son article 6 ;
- la Constitution, notamment son article 61-1 ;
- la décision n° 74-54 du conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 ;
- la décision du Conseil Constitutionnel n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 ;
- les arrêts « *Teckal* » du 18 novembre 1999 et « *Asemfo* » du 19 avril 2007 de la Cour de justice de l'Union européenne ;
- l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989 « *Nicolo* » ;
- la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 et ses travaux préparatoires ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été informées du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 24 mars 2016 à 11 heures, après le rapport du président, en présence de M. Manneveau, greffier, Me Legay pour la Spl Semerap ainsi que M. Michel, son président, et Me Marion pour la commune de

Chamalières.

La clôture de l'instruction a été prononcée, à l'issue de l'audience, à 11 heures 45.

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir soulevées par la commune de Chamalières ;

En ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité :

1. Considérant qu'aux termes de l'article R. 771-7 du code de justice administrative : *« Les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, le vice-président du tribunal administratif de Paris, les présidents de formation de jugement des tribunaux et des cours ou les magistrats désignés à cet effet par le chef de juridiction peuvent, par ordonnance, statuer sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité »* ;

2. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution : *« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »* ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : *« La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux »* ; qu'il résulte de ces dispositions que la juridiction du fond transmet au Conseil d'Etat, aux fins de saisine éventuelle du Conseil Constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité, la demande en ce sens présentée par mémoire distinct à l'appui d'une requête, à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil Constitutionnel, sauf changement des circonstances, et qu'elle ne soit pas dépourvue de caractère sérieux ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités locales : *« Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. 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 sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce. Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre. »* ;

4. Considérant en premier lieu que la Spl Semerap, qui souhaite obtenir la délégation du service public d'assainissement sur le territoire d'une commune qui ne détient pas une part de son capital, soutient que l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction actuelle, la prive du droit de candidater à d'autres marchés ou contrats publics que ceux de ses collectivités actionnaires, que si les Spl se trouvent contraintes de ne contractualiser qu'avec les collectivités territoriales présentes à leur capital, ces dernières demeurent libres de conclure un marché ou une concession avec n'importe quel autre opérateur économique et que l'atteinte au principe d'égal accès est d'autant plus patent que la loi du 28 mai 2010, contrairement aux directives marchés et concessions, n'admet pas que les Spl puissent avoir, à côté de leurs activités principales pour leurs collectivités actionnaires, une activité à hauteur de 20 % pour les collectivités autres que celles qui les contrôlent ou des tiers et que cette possibilité de contracter pour des personnes autres que leurs actionnaires est d'ailleurs ouvert aux sociétés d'économie mixte locales alors même que ces dernières peuvent bénéficier du régime de la quasi régie ; qu'ainsi le régime très contraignant des Spl « à la française » crée de graves distorsions dans l'application du principe constitutionnel d'égal accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence ;

5. Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 28 mai 2010 que l'objet de cette loi est de tirer le meilleur parti des évolutions récentes des règles communautaires en adaptant et en diversifiant les instruments juridiques dont disposent les collectivités territoriales pour leurs interventions économiques ; que la cour de justice des communautés européennes a en effet progressivement élaboré une jurisprudence qui autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à déroger aux obligations concurrentielles applicables aux marchés publics lorsqu'elles confient certaines activités à des sociétés qu'elles détiennent et contrôlent étroitement (mécanisme dit de la quasi régie, des prestations intégrées ou du « in house ») ; que le troisième alinéa de cet article impose à ces sociétés anonymes, dont le capital doit être détenu à 100 % par des personnes publiques, de n'exercer leur activité pour le compte d'aucune autre personne, publique ou privée, que celles qui participent à son capital ; que pour prendre en compte le second critère posé par l'arrêt « Teckal » de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 novembre 1999, le législateur a estimé également que ces sociétés ne peuvent intervenir que sur le territoire des collectivités territoriales les ayant instituées ; qu'en effet, si la Cour de justice de l'Union européenne a admis dans son arrêt « Asemfo » du 19 avril 2007 que cette condition pouvait être satisfaite par une société effectuant en moyenne 90 % de son activité avec les personnes publiques détenant son capital, il est apparu difficile au législateur français, de déterminer a priori, sans créer une forte insécurité juridique, un seuil précis d'activités périphériques qui pourraient être autorisées pour les Spl ; que l'existence de telles incertitudes a conduit le législateur à privilégier la prudence, pour éviter la remise en cause ultérieure de commandes publiques que les collectivités territoriales auraient passées sans appel d'offre avec une société vendant également ses prestations à des collectivités non représentées à son capital ; qu'ainsi, si la solution législative française est un peu plus stricte que la jurisprudence communautaire, elle est apparue plus opportune pour le législateur national ;

6. Considérant qu'ainsi, si le législateur, par la loi du 28 mai 2010, a souhaité permettre aux collectivités territoriales de créer des sociétés anonymes, les Spl, dont elles détiennent la totalité du capital, pour leur permettre de ne pas appliquer les règles de mise en concurrence et de publicité pour les contrats que ces collectivités passeraient avec ces sociétés qu'elles contrôlent, en quasi régie, il a, dès lors et volontairement, pour, précisément, limiter

les atteintes aux principes d'égal accès, d'égalité de traitement et de mise en concurrence, enfermé strictement leur champ d'action aux activités exercées pour le seul compte de ces collectivités actionnaires et sur le seul territoire de ces collectivités ; que, dès lors, le législateur a nécessairement interdit à ces Spl, par définition, d'être candidates à des marchés ou contrats dont la passation relève d'autres collectivités territoriales, non détentrices d'une part de leur capital ; que cette interdiction ne peut, dans ces conditions, porter par elle-même atteinte ni au principe d'égalité, principe qui ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit, ni enfin à la liberté d'entreprendre ; qu'ainsi qu'il vient d'être dit au point 5, les restrictions posées au champ d'action des Spl sont directement liées à la possibilité offerte d'échapper aux principes de la commande publique ; que de même le législateur a pu, sans porter atteinte à la liberté d'entreprendre, définir le champ d'action de ces sociétés anonymes particulières dont le capital est détenu à 100 % par des personnes publiques ;

7. Considérant, en second lieu, qu'à l'appui de sa demande de question prioritaire de constitutionnalité, la Spl Semerap soulève le moyen selon lequel, contrairement aux directives européennes « marché et concessions », la loi française n'admettrait pas que les Spl puissent avoir, à côté de leurs activités principales pour leurs collectivités actionnaires, une activité à hauteur de 20 % pour les collectivités autres que celles qui les contrôlent ; que le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité, la conventionalité des lois étant assurée, non par le Conseil constitutionnel, mais par le juge administratif ;

8. Considérant qu'il relève de ce qui précède que la question est dépourvue de caractère sérieux ; que par suite, il n'y a pas lieu de transmettre au conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la Spl Semerap ;

En ce qui concerne les conclusions de la requête de la Spl Semerap :

9. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes. La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager. Les offres ainsi présentées sont

librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. » ;

10. Considérant que la Spl Semerap soulève le moyen tiré de ce que sa candidature ne devait pas être écartée au stade de l'examen des candidatures mais que la commune de Chamalières devait obligatoirement examiner son offre, et que la commune de Chamalières, en cours de procédure de délégation de service public, ayant examiné l'offre de la Spl au capital de laquelle elle n'apparaît pas, aurait pu alors renoncer à cette procédure de mise en concurrence, décider d'adhérer au capital de ladite Spl, renoncer à la procédure lancée et choisir librement la Spl en dehors de toute procédure de mise en concurrence ; que toutefois en application des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, il appartient à la personne morale de droit public de vérifier la capacité juridique de la société candidate ; ainsi que le soutient la commune de Chamalières, celle-ci se devait d'examiner la candidature, puis l'écartier du fait de son interdiction à se voir attribuer des délégations de service public en dehors du territoire des personnes publiques présentes à son capital et pour le compte de personnes publiques non présentes à son capital, en application des dispositions de l'article L. 5131-1 du code général des collectivités territoriales ; que la requête de la Spl Semerap doit ainsi être rejetée ;

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la commune de Chamalières, qui n'est pas la partie perdante, verse une somme quelconque à la Spl Semerap ; qu'en revanche, dans les circonstances de l'espèce, la Spl Semerap, en application de ces dispositions, versera à la commune de Chamalières la somme de 1000 euros ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la Spl Semerap.

Article 2 : la requête de la Spl Semerap est rejetée.

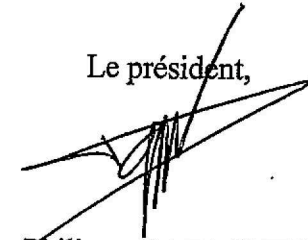
Article 3 : la Spl Semerap versera à la commune de Chamalières la somme de 1000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la Spl Semerap et à la commune de Chamalières.

Copie en sera adressée à la préfète du Puy de Dôme pour information.

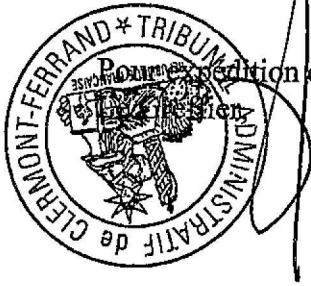
Fait à Clermont-Ferrand, le 29 mars 2016.

Le président,



Philippe GAZAGNES

La République mande et ordonne à la préfète du Puy-de-Dôme en ce qui la concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.



Donnée en expédition conforme,