

# Une SEM peut-elle passer un marché en dehors du droit des marchés publics ?

**Par un arrêt rendu le 21 juin 2016, la chambre commerciale de la Cour de cassation est revenue sur les modalités de soumission au droit des marchés publics des contrats passés par une société d'économie mixte.**

En l'espèce, la Société d'Economie Mixte d'Aménagement de l'Agglomération Dijonnaise (SEMAAD) avait lancé un avis d'appel public à la concurrence en vue de la construction d'un immeuble de bureau devant accueillir les chambres départementale et régionale de l'agriculture. A la suite du rejet de son offre, la société Constructions De Giorgi avait demandé la communication des motifs du rejet de son offre. Face au mutisme de la SEMAAD, celle-ci avait finalement saisi le juge du référé précontractuel.

L'enjeu était alors de savoir si la SEMAAD était ou non un pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 afin d'établir si elle avait manqué ou non aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles de lui être imposées sur ce fondement.

A cet égard, le juge des référés du tribunal de grande instance de Nancy avait estimé qu'un organisme d'intérêt général contrôlé par des pouvoirs adjudicateurs pouvait être écarté, même ponctuellement, du champ d'application de l'ordonnance n° 2005-649 s'il agissait dans un but purement industriel et commercial. Estimant que tel était le cas en l'espèce, celui-ci avait alors considéré que le contrat litigieux n'était pas soumis aux règles de l'ordonnance n° 2005-649.

Saisie sur le pourvoi formé par la société Constructions De Giorgi, la chambre commerciale de la Cour de cassation invalida toutefois la solution rendue par le juge des référés du tribunal de grande instance de Nancy. Partant de la jurisprudence rendue par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 15 janvier 1998, *Mannesman*, aff. C-44/96 ; CJUE, 21 mars 2002, *Adolf Truley*, aff. C-373/00), la haute juridiction de l'ordre judiciaire rappelle effectivement que lorsqu'un organisme exerce plusieurs activités d'intérêt général, dont certaines ont un caractère industriel ou commercial, les marchés conclus par ces organismes se trouvent soumis aux dispositions de l'ordonnance n°2005-649 sans qu'il y ait lieu de distinguer ceux passés dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales.

Dans cette perspective, il sera effectivement rappelé que la qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné (article 3 de l'ordonnance n° 2005-649, repris par l'article 10 de l'ordonnance n° 2005-649).

## Sources :

- Cass. Com., 21 juin 2016, n°14-23912
- CJUE, 15 janvier 1998, *Mannesman*, aff. C-44/96
- CJUE, 21 mars 2002, *Adolf Truley*, aff. C-373/00
- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, Art. 3
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Art. 10