











AJDA 2013 p.522**De l'aliénation forcée des actions détenues par les personnes publiques****Gweltaz Eveillard, Professeur de droit public à la faculté de droit et de science politique de Rennes**

La cession par les personnes publiques des actions qu'elles détiennent dans les sociétés donne rarement lieu à contentieux, si ce n'est dans le cadre particulier des privatisations, dans lequel son régime juridique n'est abordé que sur le point particulier de savoir si la société peut être transférée au secteur privé (CE, sect., 27 sept. 2006, *Bayrou*, req. n° 290716, Lebon 404  ; AJDA 2006. 2056 , chron. C. Landais et F. Lenica  ; RFDA 2006. 1147, concl. E. Glaser  et 1163, note R. de Bellescize ) et à quel prix (CE, ass., 2 févr. 1987, *Joxe, Bollon*, req. n° 82436, Lebon 26  ; AJDA 1987. 332, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre et 351, note M. Bazex ; RFDA 1987. 176, concl. J. Massot). Aussi la présente affaire, concernant la cession, qui plus est forcée, de parts d'une société déjà privatisée, est-elle riche d'enseignements.

La Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR), société concessionnaire d'autoroutes depuis sa création en 1961 sous le nom de Société de l'autoroute Paris-Lyon, a en effet été privatisée en février 2006. L'immense majorité de son capital a été acquis par le consortium Eiffarie, qui en détient actuellement 96,035 %. Désirant retirer la société de la cote, Eiffarie a mis en oeuvre en octobre 2010 une procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire pour ceux des actionnaires minoritaires qui auraient refusé de vendre, conformément aux dispositions de l'article L. 433-4 du code monétaire et financier. Cette opération a été approuvée par l'Autorité des marchés financiers par une décision du 8 octobre 2010.

Cependant, se trouvait parmi les actionnaires minoritaires le département de Saône-et-Loire, qui détient une participation depuis 1963. Celui-ci, non seulement a refusé de céder ses titres, mais a exercé devant la cour d'appel de Paris - compétente en vertu des articles L. 621-30 et R. 621-45 du code monétaire et financier lui confiant le contentieux des décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers à l'exception des agréments et sanctions (v. *infra*) - un recours contre la décision de l'Autorité des marchés financiers, contestant que la procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire soit applicable aux actions détenues par les personnes publiques.

Néanmoins, la cour d'appel de Paris s'estimant incompétente pour savoir s'il est possible de contraindre la personne publique à céder ses actions, a sursis à statuer par un arrêt du 17 mars 2011 (n° 2010/18633, AJDA 2011. 1376 , note P.-A. Rohan et R. Leonetti ) , laissant la société APRR saisir la juridiction administrative d'un recours en appréciation de légalité. Par un jugement du 21 octobre 2011 (req. n° 1105713, AJDA 2012. 208 , note P.-A. Rohan et R. Leonetti ) , le tribunal administratif de Paris a rejeté ce recours comme porté devant une juridiction incompétente pour en connaître. Le département de Saône-et-Loire a alors relevé appel de ce jugement devant le Conseil d'Etat - ou plus exactement devant la cour administrative d'appel de Paris, qui a transmis par ordonnance la requête au Conseil d'Etat, compétent pour connaître en appel des recours en appréciation de la légalité ou en interprétation exercés à titre de question accessoire à une instance pendante devant le juge judiciaire (art. R. 321-1 CJA).

Le Conseil d'Etat, avant d'examiner le fond du recours, devait cependant contrôler la régularité du jugement, rendu sur un moyen d'ordre public dont les parties n'avaient pas été avisées. Après avoir constaté la violation du principe du contradictoire et, partant, l'irrégularité du jugement qu'il annule, la haute juridiction a usé de son pouvoir d'évocation, mais pour déclarer la juridiction administrative incompétente pour se prononcer sur la question qui lui est posée. C'est donc, en définitive, à la cour d'appel de Paris qu'il est revenu de se prononcer sur l'application aux personnes publiques de la procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire : elle a statué en faveur de cette application.

L'arrêt du Conseil d'Etat et celui de la cour d'appel de Paris sont donc particulièrement riches, tant du point de vue du contentieux administratif que du droit administratif des biens.

I - Les questions de contentieux administratif

L'arrêt du Conseil d'Etat tranche tout d'abord une fort intéressante question d'application du principe du contradictoire aux moyens d'ordre public, avant de régler une tout aussi intéressante - et beaucoup moins fréquente - question de compétence juridictionnelle en matière de recours en appréciation de légalité.

A. Principe du contradictoire et moyens d'ordre public

Le motif d'irrégularité du jugement du tribunal administratif de Paris n'est certes pas l'aspect le plus novateur de l'arrêt du Conseil d'Etat. Il n'en fournit pas moins d'utiles précisions sur l'insertion des moyens d'ordre public dans le système de la contradiction.


Depuis le décret du 22 janvier 1992, il est entendu que le juge administratif ne peut relever d'office un moyen d'ordre public sans en informer les parties et les mettre en mesure de présenter leurs observations sur ce moyen. Les modalités de cette information sont précisées par l'article R. 611-7 du code de justice administrative qui indique que, « lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement [...] en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent [...] présenter leurs observations sur le moyen communiqué ».

Or, en l'espèce, le tribunal administratif de Paris a rejeté la demande sur le fondement d'un moyen d'ordre public qu'il a soulevé d'office, celui de l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître du recours.

Autant la jurisprudence avait déjà largement précisé le contenu de l'obligation d'information, autant la question du délai laissé aux parties pour répondre n'avait pour l'instant fait l'objet que d'assez rares développements. Tel était justement l'intérêt de l'espèce, car le président de la section du tribunal administratif compétente avait bien informé les parties de ce qu'il comptait soulever ce moyen, par une lettre du 12 septembre 2011, assez largement antérieure donc à la date de l'audience, qui s'est déroulée le 6 octobre suivant. En revanche, il n'avait pas précisé le délai dans lequel les parties pouvaient déposer leurs observations.

Appliquant à la lettre l'article R. 611-7, le Conseil d'Etat estime que cette indication est exigée à peine d'irrégularité de la procédure.

La haute juridiction s'affranchit néanmoins de cette lettre en ajoutant que, à défaut de préciser expressément un délai de réponse, l'information donnée par le juge peut mentionner la date de l'audience, auquel cas cette dernière doit être comprise comme constituant la date limite pour déposer des observations : cette position rejoint celle déjà développée par certaines juridictions inférieures (v. déjà CAA Nantes, 1^{er} déc. 2011, *Brasserie Chez Françoise*, req. n° 10NT01789). Or, en l'espèce, la lettre envoyée par le président de la 7^e section du tribunal administratif ne mentionnait pas la date de l'audience. Quoique celle-ci ait déjà été connue des parties par l'envoi d'une lettre antérieure, la procédure est donc entachée d'irrégularité.

Selon la haute juridiction, cette irrégularité aurait néanmoins été couverte si les parties avaient présenté des observations alors même que le document qui leur a été adressé ne fixait aucun délai et ne mentionnait pas la date de l'audience. Il s'agit d'une preuve de l'information par le fait qui n'est pas sans évoquer la théorie de la connaissance acquise (v. également pour l'hypothèse où une partie n'est pas régulièrement convoquée à l'audience, mais y est néanmoins présente : CE 16 janv. 2006, *SCI Parc de Vallauris*, req. n° 266267, Lebon  T. 877). Mais tel n'a pas été le cas en l'espèce.

Enfin, le Conseil d'Etat précise que la simple mention dans la lettre d'envoi de l'article R. 611-7 est insuffisante pour satisfaire à l'obligation d'information précitée, ce qui est on ne peut plus logique puisque cet article n'impartit, par lui-même, aucun délai aux parties pour déposer leurs observations.

En définitive, et malgré les assouplissements apportés à la lettre de l'article R. 611-7, c'est à une conception particulièrement formaliste de l'obligation d'information que se range le Conseil d'Etat, visant à donner à la contradiction son plein effet.

B. Incompétence de la juridiction administrative pour connaître du recours en appréciation de légalité

Le moyen relevé d'office par le tribunal administratif de Paris consistait dans l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître du recours en appréciation de légalité porté devant elle. Sur le fond, le Conseil d'Etat confirme cette position.

On sait qu'en vertu du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, le juge civil est incompétent pour se prononcer sur la légalité d'un acte administratif unilatéral - ce qu'est, incontestablement, la décision en cause de l'Autorité des marchés financiers. Il doit, dès lors, si cette légalité constitue une question accessoire à un litige porté compétemment devant lui et soulève une difficulté sérieuse, surseoir à statuer et inviter les parties à saisir le juge administratif d'un recours en appréciation de légalité (T. confl. 16 juin 1923, *Septfonds c/ Compagnie des Chemins de fer du Midi*, req. n° 0732, Lebon [📄](#) 498 ; D. 1924. 41, concl. P. Matter, S. 1923. 49, note M. Hauriou) - sous réserve que cette légalité ne soit pas mise en cause au regard du droit de l'Union européenne, auquel cas il y a lieu pour le juge judiciaire d'adresser directement une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (T. confl. 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau c/ INAPORC, Chérel et CNIEL*, req. n° 3828, Lebon [📄](#) 698 ; AJDA 2012. 27 [📄](#), chron. M. Guyomar et X. Domino [📄](#) ; RFDA 2011. 1122, concl. J.-D. Sarcelet [📄](#), 1129, note B. Seiller [📄](#), 1136, note A. Roblot-Troizier [📄](#) et 2012. 339, étude J.-L. Mestre [📄](#) ; Constitutions 2012. 294, obs. A. Levade [📄](#) ; JCP Adm. 2011, n° 1423, note B. Plessix, n° 2354, note H. Pauliat, 2012, n° 149, § 6, chron. G. Eveillard).

Néanmoins, souligne le Conseil d'Etat dans un considérant peu fréquent mais logique, le juge administratif ne peut répondre à la question qui lui est ainsi posée que s'il est lui-même compétent pour apprécier la légalité de l'acte en cause (v. déjà, CE 16 juin 2000, *Commune d'Auribeau-sur-Siagne*, req. n° 197772, Lebon [📄](#) 232 ; D. 2001. 898 [📄](#), obs. P. Carrias [📄](#) ; AJDI 2001. 43, obs. R. Hostiou [📄](#) ; RDI 2000. 546, obs. C. Morel [📄](#)).

Il se peut en effet que tel ne soit pas le cas.

Tout d'abord, l'acte en cause peut ne relever de la compétence d'aucun des deux ordres de juridiction - on pense ici à un acte de gouvernement ou à un acte parlementaire, qui ne sont pas, il est vrai, des actes administratifs.





Ensuite, il se peut que l'acte en cause relève de la compétence de la juridiction judiciaire, soit qu'il s'agisse en réalité d'un acte de droit privé - quoiqu'adopté par une personne publique ou une personne privée gestionnaire d'un service public - soit qu'il s'agisse d'un acte administratif relevant, en vertu d'une disposition législative spéciale, de la compétence de la juridiction judiciaire, soit enfin que l'acte en cause soit constitutif d'une voie de fait. L'espèce fournit une illustration des deux premières hypothèses.

Tout d'abord, la juridiction judiciaire ne peut renoncer à examiner, en tant que telle, la légalité de la décision de l'Autorité des marchés financiers.

En effet, usant de la possibilité qui lui est offerte par le Conseil constitutionnel de constituer des « blocs de compétences » en attribuant, pour des raisons de bonne administration de la justice, le contentieux de certains actes administratifs unilatéraux à la juridiction judiciaire (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, AJDA 1987. 345, note J. Chevallier ; D. 1987. 117, note F. Luchaire ; RFDA 1987. 287, notes B. Genevois et L. Favoreu ; JCP 1987. II. 854, note J.-F. Sestier ; Rev. adm. 1988. 29, note J.-M. Sorel ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet), la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, précisée par son décret d'application, a confié le contentieux des décisions individuelles prises par l'Autorité des marchés financiers à la cour d'appel de Paris, excepté les décisions d'agrément et les sanctions (art. L. 621-30 et R. 621-45 C. mon. fin.).





Il serait dès lors aberrant que le juge judiciaire, institué compétent par la loi pour connaître de la légalité de telles décisions, s'en dessaisisse au profit de la juridiction administrative !

On notera au passage la précision que la compétence conférée au juge judiciaire emporte logiquement l'incompétence de la juridiction administrative. Certes, l'hypothèse de compétences concurrentes pour apprécier la légalité d'un acte administratif n'est pas totalement exclue : c'est par exemple le cas pour les décisions plaçant un étranger en rétention ou en zone d'attente, sur la légalité desquelles peuvent statuer tant le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre cette décision (CE, avis, 26 mai 1995, *M^{me} Yilmaz*, req. n° 164880, Lebon [📄](#) 216 ; D. 1996. 96 [📄](#), obs. F. Julien-Laferrière [📄](#) ; LPA 9 août 1995, p. 11, concl. B. du Marais) que le juge judiciaire à l'occasion de sa décision de prolonger la rétention ou le placement en zone d'attente (Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 94-50.002, AJDA 1996. 72 [📄](#), note A. Legrand [📄](#) ; D. 1996.

102 , obs. F. Julien-Laferrière  ; Rev. crit. DIP 1996. 275, étude N. Guimezanes  ; RTD civ. 1996. 235, obs. J. Normand  ; JCP 1995. II. 504, concl. J. Sainte-Rose ; LPA 6 oct. 1995, p. 15, note E. Spitz). Elle conduirait néanmoins, dans le cas du contentieux des décisions de l'Autorité des marchés financiers et dans tous ceux où la loi a institué un « bloc de compétences » pour des motifs analogues - on pense notamment aux attributions conférées à la cour d'appel de Paris en matière de contrôle de certaines décisions de l'Autorité de la concurrence (art. L. 464-8 C. com.), de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (art. L. 5-6 et L. 36-8 CPCE), de la Commission de régulation de l'énergie (art. L. 134-24 C. énergie) et de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (art. L. 2134-3 C. transp.) - à vider la loi de sa substance. On doit même considérer que, saisi d'une question accessoire portant sur la légalité d'un tel acte administratif, le juge administratif soit contraint de se déclarer incompétent et de saisir la juridiction judiciaire d'une question préjudicielle.


En revanche, il se peut que la légalité de la décision de l'Autorité des marchés financiers dépende de celle d'un autre acte administratif unilatéral, relevant celui-ci de la compétence de la juridiction administrative : il y a alors lieu à saisir cette dernière d'un recours en appréciation de légalité portant sur cet acte. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce.

En effet, le contentieux en cause est relatif à la gestion du domaine privé - la domanialité privée des actions n'ayant pas été contestée devant le Conseil d'Etat, ce qui ne dispensera pas de l'établir (v. *infra*). Or, cette gestion relève traditionnellement du droit privé et, au contentieux, de la compétence de la juridiction judiciaire. Les seuls actes administratifs unilatéraux en la matière sont justement ceux qui se détachent de la gestion du domaine privé.

Confronté à des problèmes de définition de l'acte détachable devenus d'une intense complexité, le Tribunal des conflits a entrepris de clarifier la situation en considérant comme détachables les actes par lesquels la personne publique détermine le périmètre ou la consistance de son domaine privé (22 nov. 2010, *Société Brasserie du théâtre c/ Commune de Reims*, req. n° 3764, Lebon  ; AJDA 2010. 2423 , chron. D. Botteghi et A. Lallet  ; RDI 2011. 450, obs. P. Caille  ; BJCP 2011, n° 34, concl. P. Collin ; Dr. adm. 2011, comm. 20, note F. Melleray ; JCP Adm. 2011, n° 537, § 8, chron. G. Eveillard, n° 2041, note J.-G. Sorbara ; RJEP 2011, comm. 13, note G. Pellissier). Le présent arrêt se fait l'écho de cette définition, pour constater qu'aucun acte ayant une telle portée n'a été adopté - ni, d'ailleurs, aucun acte de la personne publique propriétaire.

Dès lors, la juridiction judiciaire est logiquement seule compétente pour connaître de la question (v. déjà, pour la compétence judiciaire s'agissant du contentieux d'une saisie effectuée sur un bien du domaine privé, Civ. 1^e, 21 déc. 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières* ; Bull. civ. I, n° 349 ; CJEG 1988. 107, note L. Richer ; JCP 1989. II. 183, note B. Nicod ; RFDA 1988. 771, concl. L. Charbonnier, note B. Pacteau).

La solution serait identique dans le cas d'autres activités de droit privé de l'administration, telle la gestion d'un service public industriel et commercial (sous réserve de ceux des actes relatifs à la gestion de ces services publics qui sont qualifiables d'actes administratifs unilatéraux).

Le département de Saône-et-Loire invoquait, pour soutenir la compétence de la juridiction administrative, un ultime moyen : celui de la mise en cause des principes d'insaisissabilité des propriétés publiques et de libre administration des collectivités territoriales. Ce moyen est facilement rejeté, ces principes substantiels étant sans incidence sur la répartition des compétences juridictionnelles : c'est au juge compétent d'assurer, dans son domaine de compétence, la garantie du principe en cause (Civ. 1^e, 21 déc. 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières*, préc., pour l'insaisissabilité ; Civ. 3^e, 25 sept. 2002, *Commune de Strasbourg*, n° 01-11.141, AJDI 2003. 282  ; Bull. civ. III, n° 141 ; Contrats Marchés publ. 2002, comm. 260, note G. Eckert, pour la libre administration des collectivités territoriales).

Dès lors, l'affaire a été renvoyée à la cour d'appel de Paris, à qui il a incombé de régler les questions de fond posées.

II - Les questions de droit administratif des biens

Un point n'était plus contesté, celui de la domanialité privée des actions et parts détenues par les personnes publiques. En revanche, la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 29 novembre 2012, règle - sous réserve d'un éventuel pourvoi en cassation - une question jusqu'alors inédite, celle de l'application à ces actions de la procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire.


A. La domanialité privée des actions et parts détenues par les personnes publiques








La question de la domanialité publique ou privée des actions et parts détenues par les personnes publiques dans les sociétés, si elle n'a plus été posée en appel devant le Conseil d'Etat, l'a tout de même été en première instance devant le tribunal administratif de Paris. Le fait que le Conseil d'Etat ne la relève pas d'office, alors qu'elle conditionne sa compétence, montre qu'il confirme la position du tribunal administratif.

Sans surprise, ce dernier s'était prononcé en faveur de la domanialité privée.

Les actions sont en effet des biens mobiliers et, plus précisément, des biens meubles immatériels.

Elles n'entrent de toute évidence pas dans la liste des biens appartenant au domaine public mobilier donnée par l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques, ce dernier rangeant dans le domaine public mobilier uniquement « les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique ».

Cet argument ne saurait néanmoins suffire à exclure la domanialité publique, cette liste n'étant pas exhaustive : ce caractère non exhaustif ressort des dispositions mêmes de l'article L. 2112-1 pour ce qui concerne les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, dont il donne une liste purement illustrative. L'esprit du code est par ailleurs généralement compris par la doctrine comme ne limitant pas le domaine public mobilier aux biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique (C. Maugué et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA 2006. 1073  ; P.-A. Rohan et R. Leonetti, note sur TA Paris, 21 oct. 2011, *Société APRR*, préc.).

De surcroît, la définition donnée par le code n'est même pas applicable *ratione temporis* de manière évidente à des actions acquises avant son entrée en vigueur. La jurisprudence affirme en effet que l'entrée en vigueur du code ne saurait avoir eu pour effet de faire sortir du domaine public des biens qui en relevaient antérieurement (CAA Lyon, 29 avr. 2008, *Société Boucheries André c/ Réseau ferré de France*, req. n° 07LY02216, AJDA 2008. 2338 , note J. Andreani  ; RDI 2008. 552, obs. O. Févrot  ; CE 3 oct. 2012, *Commune de Port-Vendres*, req. n° 353915CE, 3 oct. 2012, n° 353915, Lebon  ; AJDA 2013. 471, note E. Fatôme, M. Raunet, R. Leonetti  ; AJCT 2013. 42 , obs. P. Grimaud ). Certes, il s'agit ici d'éviter une sortie du bien du domaine public sans prise d'une décision de déclassement, alors qu'une décision de classement n'est en principe pas nécessaire pour faire passer un bien du domaine privé au domaine public. Mais cet argument finaliste ne saurait conduire à donner une géométrie variable à l'application par le juge des principes d'application des lois dans le temps au code général de la propriété des personnes publiques (v. sur cette question, G. Eveillard, *L'application dans le temps des nouveaux critères de définition du domaine public*, Dr. adm. 2010, étude n° 21).

Il n'est néanmoins guère surprenant que les valeurs mobilières dont les personnes publiques sont propriétaires appartiennent à leur domaine privé, car il n'est pas dans leur nature d'être affectées à l'utilité publique. Le doute peut seulement être permis lorsque les actions sont souscrites dans une société chargée d'une mission de service public - la circonstance que la société en cause soit également chargée de la gestion du domaine public étant par contre indifférente, puisqu'elle ne peut par définition être propriétaire de la dépendance domaniale (ne peut en effet appartenir au domaine public, en vertu de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, qu'un bien qui est la propriété exclusive d'une personne publique).

La formulation employée par le tribunal administratif le laisse au demeurant soupçonner, puisque la domanialité privée a été admise « dans la mesure où ces participations financières ultraminoritaires ne sont [...] indispensables ni à l'exercice par cette collectivité de ses propres missions de service public ni au contrôle par les autorités publiques de la mission de service public national d'exploitation des autoroutes confiée à la société APRR ». C'est dire *a contrario* - si l'on veut se prêter à ce jeu risqué - que dans le cas contraire, les actions détenues par la personne publique auraient pu relever de son domaine public. Cette position, non seulement confirme le caractère non exhaustif de la liste de biens appartenant au domaine public mobilier donnée par le code général de la propriété des personnes publiques - l'existence d'un domaine public mobilier *praeter legem*, pour reprendre l'expression des commentateurs du jugement - mais marque également un élargissement de ce domaine public mobilier par rapport à ce qu'il était avant le code général de la propriété des personnes publiques - aucun arrêt n'ayant eu l'occasion de considérer que les actions, titres et valeurs détenues par les personnes publiques pouvaient appartenir au domaine public, et les critères jurisprudentiels de définition du domaine public mobilier antérieurs à 2006 ne

permettant guère de le laisser supposer - pour synthétiser une jurisprudence guère abondante, appartenant au domaine public mobilier les biens meubles constituant l'objet même du service public, ceux présentant un caractère irremplaçable ou difficilement remplaçable et ceux spécialement aménagés à leur fonction d'utilité publique, les actions, titres et parts ne semblant relever d'aucun de ces cas de figure. On regrettera presque que le Conseil d'Etat n'ait pas eu l'occasion de valider ou d'infirmier cette audace...







Au vrai, cette domanialité privée, non seulement n'a rien de novateur, mais est dépourvue d'incidence sur le fond du litige : elle n'affecte que la juridiction compétente pour en connaître.




B. L'application de la procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire des actions détenues par des personnes publiques

Aucune juridiction n'avait eu à se prononcer sur l'applicabilité de la procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire (OPR-RO), prévue par l'article L. 433-4 du code monétaire et financier, aux titres détenus par les personnes publiques. Si l'article L. 433-4 lui-même ne réserve aucun sort particulier à ces actions, un certain nombre de principes issus, tant du droit des propriétés publiques que du droit des collectivités locales, pouvaient apparaître de nature à y faire obstacle. L'argument tiré de la violation du droit de propriété par cette procédure avait en revanche été écarté d'emblée par la cour d'appel de Paris, qui avait refusé de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité portant sur la contrariété de la procédure d'OPR-RO aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (2 nov. 2010, *Zuryk*, n° 2010/18707, Bull. Joly Bourse 2011, p. 177, note M. Roussille).

L'insaisissabilité des propriétés publiques, tout d'abord, consacrée désormais par la loi - en l'occurrence l'article L. 2311-1 du CGPPP - après l'avoir été comme principe général du droit (Civ. 1^e, 21 déc. 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières*, préc.), prohibe en effet à l'égard des propriétés publiques les sûretés et voies d'exécution de droit commun - ce que confirme, s'agissant des voies d'exécution, l'article 1^{er} alinéa 3 de la loi du 9 juillet 1991.

Néanmoins, le principe d'insaisissabilité est loin d'avoir les conséquences radicales que lui prêtait la collectivité requérante, à savoir d'interdire toute forme de cession forcée d'une propriété publique - « sauf », ajoutait le département, « à démontrer que la collectivité locale a procédé à une opération de déclassement » ; on avoue ne pas très bien cerner à quoi il fait allusion, les biens du domaine privé n'ayant évidemment pas besoin, pour être aliénés, de faire l'objet d'un quelconque déclassement (pour être reclassés où, d'ailleurs ?).

Ainsi, la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public ouvre des voies d'exécution dérogatoires. En particulier, lorsque le propriétaire est une collectivité locale, et qu'elle est débitrice d'une somme d'argent résultant d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, le préfet a le pouvoir, après mise en demeure à cet effet, de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice (art. L. 911-9 CJA). Le préfet peut ainsi procéder à l'aliénation forcée de biens appartenant à la collectivité locale, sous réserve qu'ils ne soient pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge (CE, sect., 18 nov. 2005, *Société fermière de Campoloro*, req. n° 271898, Lebon  ; AJDA 2006. 137 , chron. C. Landais et F. Lenica  et 2007. 1218, étude P. Cassia  ; D. 2006. 13  ; RFDA 2006. 341, note P. Bon  ; Dr. adm. 2006, comm. 33, note C. Guettier ; JCP 2006. II. 10044, note R. de Moustier et O. Béatrix ; JCP Adm. 2005, n° 1385, concl. N. Boulouis).

Par ailleurs, l'insaisissabilité des propriétés publiques n'interdit pas leur expropriation pour cause d'utilité publique (CE 27 nov. 1970, req. n° 76128, *Bizière*, Lebon  T. 1070 ; seule l'inaliénabilité du domaine public empêche cette expropriation - de même que, probablement, l'inaliénabilité de certaines dépendances du domaine privé). Elle n'interdit pas non plus le recours à la procédure de tiers saisi (CE, sect. finances, avis, 30 janv. 1992, n° 350083, EDCE 1992. 401). Enfin, elle n'interdit pas davantage le prononcé d'astreintes contre les personnes publiques en dehors des cas prévus par la loi du 16 juillet 1980 - en particulier par les juridictions judiciaires (T. confl. 19 mars 2007, *Préfet de la Haute-Vienne c/ M^{me} Madi*, req. n° 3497, Lebon  593 ; AJDA 2007. 1093 .

Aucune de ces hypothèses n'est néanmoins assimilable à celle de l'OPR-RO, laquelle n'est en aucune façon une voie d'exécution - ce pour quoi le département ne peut évidemment invoquer la loi du 9 juillet 1991 et la loi du 16 juillet 1980. Elle permet simplement au propriétaire de plus de 95 % des actions d'une société de proposer aux actionnaires minoritaires le rachat de leurs titres,

et en cas de refus de leur part de les y contraindre. Le cas de figure n'est donc en revanche pas sans rapprochement avec celui de l'expropriation puisque, dans les deux cas, on est en présence de l'acquisition d'un bien contre la volonté de la personne publique propriétaire.

La cour d'appel de Paris estime par conséquent possible la mise en oeuvre de cette procédure, sans méconnaissance du principe d'insaisissabilité des propriétés publiques. La lecture de la décision de la cour d'appel de Paris fait néanmoins apparaître que la possibilité de recourir à l'OPR-PR n'est pas illimitée, s'agissant des actions détenues par les personnes publiques. La vérification par la cour d'appel de ce que ces actions ne sont pas, compte tenu de leur faible nombre, indispensables au fonctionnement du service public autoroutier dont, d'autre part, le département n'est évidemment pas chargé, laisse à penser que, dans le cas inverse, l'opération eût été impossible. Cela n'a rien d'étonnant : le principe de continuité du service public a en effet valeur constitutionnelle (Cons. const. 25 juil. 1979, n° 79-105 DC ; AJDA 1980. 191, note A. Legrand ; D. 1980. J 101, note M. Paillet ; Dr. soc. 1980. 7, note C. Leymarie ; JCP 1981. II. 547, note J.-C. Béguin ; RD publ. 1979. 1705, note L. Favoreu) et, dans le silence de la loi, limite la possibilité de recourir contre les propriétés publiques à la procédure de tiers saisi (CE, sect. finances, avis, 30 janv. 1992, préc.) et à la vente forcée par le préfet (CE, sect., 18 nov. 2005, *Société fermière de Campoloro*, préc.).

La réserve posée par la cour d'appel de Paris semble avoir de surcroît une portée purement rhétorique. L'insaisissabilité ne ferait en effet obstacle à la mise en oeuvre de l'OPR-RO qu'à l'égard d'actions indispensables au bon fonctionnement du service public... c'est-à-dire garantissant à la personne publique propriétaire une part du capital de la société suffisante pour ne pas entrer dans le champ d'application de l'OPR-RO. Quant à l'inaliénabilité des biens du domaine public, elle ferait sans nul doute obstacle à l'application de l'OPR-RO - comme du reste à toute cession - des actions faisant éventuellement partie du domaine public, mais ces actions seraient elles aussi, si l'on s'en tient au jugement du tribunal administratif de Paris, en nombre suffisant pour ne pas entrer dans le champ d'application de la procédure d'OPR-RO.

Le principe de libre administration des collectivités territoriales, ensuite, serait, selon le département, de nature à faire obstacle à l'application aux actions détenues par les collectivités territoriales de la procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire. Tel n'est cependant pas le cas, pour deux raisons.

La première est que la libre administration des collectivités territoriales n'est invocable par ces dernières que dans le cadre de leurs relations avec l'Etat et avec les autres collectivités locales. Or, l'OPR-RO est une procédure mise en oeuvre par une personne privée. Seule l'autorisation de cette opération par l'Autorité des marchés financiers serait de nature à la faire entrer dans le champ d'application de la libre administration des collectivités territoriales, question que la cour d'appel de Paris occulte en se conformant à l'esprit, sinon à la lettre, de la loi du 1^{er} août 2003 : si compétence a été donnée à la juridiction judiciaire pour connaître de certaines décisions de l'Autorité des marchés financiers, c'est pour éviter que l'intervention de cette autorité publique indépendante change le régime juridique de l'opération (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, préc.). Ce qui est vrai en termes de compétence contentieuse doit, en bonne logique, l'être en termes de règles de fond.

La seconde est que le principe de libre administration des collectivités territoriales ne s'applique que dans les conditions prévues par la loi. Or celle-ci, plus précisément l'article L. 433-4 du code monétaire et financier, ne prévoit aucune limitation particulière de la procédure d'OPR-RO en ce qui concerne les actions détenues par les personnes publiques. Certes, cela ne signifie pas obligatoirement qu'une telle absence de limitation est conforme à la Constitution : la constitutionnalité de cette disposition n'a jamais été examinée par le Conseil constitutionnel, et le requérant n'a en l'espèce soulevé aucune question prioritaire de constitutionnalité. A dire vrai, cette conformité à la Constitution paraît peu douteuse, la libre administration des collectivités locales n'emportant pas d'interdiction générale de prendre des mesures de contrainte en ce qui concerne l'affectation et la disposition de leurs biens par les collectivités locales. Admettre que la libre administration des collectivités territoriales puisse faire obstacle à l'application de la procédure d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire reviendrait d'ailleurs à donner à la propriété des collectivités locales une protection supérieure à celle des propriétés de l'Etat, ce qui ne serait pas le moindre des paradoxes.

A la suite de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, la procédure d'OPR-RO lancée par la société Eiffarie à l'égard du solde des actions de la société APRR a pu être engagée. Au passage, tant l'ordre administratif que l'ordre judiciaire auront contribué à enrichir l'état du droit...

Mots clés :

DOMAINE * Inaliénabilité * Actions détenues dans une société * Protection

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Pouvoir du juge * Moyen d'ordre public * Moyen à soulever d'office * Information des parties

COMPETENCE * Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction * Compétence judiciaire * Autorité des marchés financiers * Recours

SOCIETE D'ECONOMIE MIXTE * Relation avec les actionnaires * Actions détenues par une collectivité * Aliénation forcée

Copyright 2015 - Dalloz – Tous droits réservés