

La lettre du Cabinet

1

Avril 2005

SELARL GIL-CROS - Avocats, Norme ISO 9001 - 7, rue Levat - 34000 MONTPELLIER - Tél. : 04.67.12.83.83 Fax : 04.67.12.83.84
Site internet : www.avocats-gil.com - e-mail : giljuris@wanadoo.fr

EDITORIAL

Actualité en bref :

Chers clients et amis,

Comme nous vous l'avons indiqué en janvier 2005, la lettre trimestrielle vous informe de l'actualité juridique en droit public. Deux nouveautés importantes, à savoir la loi du 23/02/2005 et la remise en cause de l'article 30 du CMP. Concernant la première, nous ne pouvons que nous féliciter de ce nouvel

instrument juridique, restant néanmoins dans l'attente de décrets d'application pour certaines dispositions. La prise en considération des territoires ruraux est une évidence dans la mesure où les outils législatifs s'inscrivent depuis plusieurs années dans le développement durable.

Concernant le second point, l'arrêt du Conseil d'Etat relatif à l'article 30 du CMP démontre que le nouveau code aurait dû attendre la directive européenne n°2004/18/CE du 31/03/2004. Nous assurons des formations dans ce domaine auprès des collectivités et en entreprise, et il est certain que la jurisprudence sera extrêmement fournie. Les juristes devront s'adapter à une incertitude dont les effets seront progressivement gommés par la jurisprudence tant administrative que pénale.

Définition des besoins, pertinence ou pas d'un règlement intérieur en deçà du seuil de 230 000 euros, traçabilité dans les dossiers (contrôle DGCCRF) sont autant de précautions à prendre pour la personne responsable du marché.

Bonne lecture et à bientôt !

Chantal GIL

Avocat spécialisé en Droit public.

• Décision du Conseil d'Etat d'annuler l'article 3-5 et le 1^{er} alinéa de l'article 30 du CMP :

Cette décision n'annule pas les marchés déjà conclus, mais peut remettre en

cause la régularité des marchés passés en application des dispositions annulées à l'occasion de contentieux visant cet article spécifiquement, engagés par une personne justifiant d'un intérêt pour agir (voir

le commentaire en ligne du Minefi sur cette décision) – cf. la lettre du cabinet p.5.

• un décret en date du 18 mars 2005 annonce la transposition du dispositif inscrit à l'article 76 du CMP aux organismes opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Ces entités doivent désormais avertir obligatoirement les candidats du rejet de leurs offres (décret n°2005-254 du 18/03/05, publié au JO N°66 du 19/03/05).

- Loi sur l'eau : examen en première lecture au sénat du 5 au 8 avril 2005.
Pas moins de 655 amendements ont été déposés !

A NOTER : Parution d'un décret n° 2005-324 du 7 avril 2005 relatif à la transmission par voie électronique des actes des collectivités territoriales soumis au contrôle de légalité et modifiant la partie Réglementaire du code général des collectivités territoriales.

Loi n°2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux (JO du 24 février 2005) :

La loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux prend en compte les évolutions profondes du monde rural qui rendent nécessaire l'adaptation des modes d'intervention de l'Etat. Elle vise à répondre à la nécessité pour l'Etat, de préserver la diversité des territoires ruraux, de participer à leur valorisation économique, sociale et environnementale et de définir les principes de leur développement durable.

Les principales mesures sont donc destinées, pour l'essentiel, à « développer l'activité économique », à « favoriser la protection des espaces agricoles et naturels périurbains », à « augmenter l'offre de logements en favorisant la rénovation du patrimoine bâti », à « aménager le dispositif des zones de revitalisation rurale en actualisant les

Par ailleurs, la loi met également en place des dispositions relatives au soutien des activités agricoles et en particulier des mesures de soutien aux jeunes agriculteurs (exclusion de leur dotation d'installation de l'assiette servant de base de calcul des cotisations sociales, avec une entrée en vigueur, dès le 1^{er} janvier 2004), ainsi que plusieurs mesures en faveur de l'emploi et notamment de l'emploi saisonnier.

S'agissant des dispositions relatives aux instruments de gestion foncière et à la rénovation du patrimoine rural bâti, la loi prévoit, pour la protection des espaces agricoles périurbains, l'autorisation pour les départements d'instituer dans les zones périurbaines de nouveaux périmètres, pour y mener des programmes d'action et exercer un droit de préemption sur les terres agricoles (article 73). Des terrains pourront donc être acquis par le département ou avec son accord et après information des communes et des établissements publics de coopération intercommunale concernés, en vue de la protection et de la mise en valeur des espaces agricoles et naturels périurbains dans les zones de préemption des espaces naturels sensibles délimitées en application de l'article L. 142-3. En dehors de ces zones de préemption des espaces naturels sensibles, les acquisitions pourront être effectuées par la société d'aménagement foncier et d'établissement rural exerçant à la demande et au nom du département le droit de préemption.

Les notions de protection du patrimoine rural, des paysages et de la biodiversité sont désormais intégrées dans la procédure d'aménagement foncier et une procédure spéciale en zone forestière est créée. Des modifications sont également introduites dans la réglementation et la protection des boisements, la restructuration et la gestion des forêts privées et la vente du bois (articles 117 à 119) ainsi que dans la procédure de désignation et de gestion des sites Natura 2000 (documents d'objectifs), la loi prévoyant l'exonération de taxe foncière sur les propriétés non bâties sur les sites Natura 2000.

Une série de nouvelles dispositions sur la préservation, la restauration et la valorisation des zones humides (intérêt général de leur protection, nouvelles procédures de délimitation) permettent également de mieux définir, délimiter et mettre en valeur les zones humides et de renforcer des outils de protection (Conservatoire du littoral, espèces invasives).

Il convient de relever également la création d'un conseil national pour l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, en ce qui concerne les dispositions relatives au littoral (nouvelle procédure applicable aux schémas de mise en valeur, assouplissement du régime d'urbanisation sur le littoral au sens de l'article L. 146-4 du Code de l'urbanisme), qui comprend des représentants des collectivités territoriales. Consulté lors de la rédaction des décrets relatifs à la gestion du domaine public maritime, il peut également être saisi pour avis de tout sujet relatif au littoral par le gouvernement.

Par ailleurs, deux procédures permettent d'élaborer des schémas de mise en valeur de la mer :

- lorsque ces schémas comprennent des communes littorales, les SCOT peuvent comporter un chapitre individualisé valant schéma de mise en valeur de la mer qui est soumis à l'accord du préfet, pour les dispositions ne relevant pas du SCOT à strictement parler.

- lorsqu'ils sont élaborés par l'Etat, ils sont soumis à enquête publique et arrêtés par le préfet, mais, en cas d'avis défavorable des 2/3 des communes représentants la moitié de la population ou l'inverse, ces schémas sont approuvés par décret en Conseil d'Etat et font l'objet d'une révision dans un délai de 10 ans.

Les dispositions relatives à la montagne, quant à elles, visent à permettre en place une nouvelle politique de l'Etat, avec des ententes et des schémas interrégionaux, une adaptation et un assouplissement du régime de l'urbanisation autour des lacs de montagne et la modification du dispositif d'urbanisation en zone de montagne ainsi qu'une redéfinition des prescriptions particulières à certains massifs.

A noter également que la loi modifie les dispositions applicables à l'élaboration et à la révision des chartes des parcs naturels régionaux.

Enfin, ce qui concerne la chasse, une redéfinition du « temps de chasse » est mise en place avec un nouveau régime des orientations de gestion, une modification du permis de chasser et une redéfinition également du rôle des réserves de chasse. A noter également, une modification de la procédure d'indemnisation non contentieuse des dégâts de grand gibier causés aux cultures, à la charge des fédérations départementales de chasseurs.

Marchés publics : Points clés de la réforme et premier bilan

La réforme du code de 2004 a porté principalement sur les modalités de passation des marchés publics, mais le champ d'application du code a été peu modifié, la modification la plus importante concernant les contrats de mandat, puisque ceux-ci sont à présent soumis aux règles du code. Les dispositions relatives à l'exécution et au contrôle des marchés publics ont également été peu modifiées, le changement le plus important tenant à l'institution de procédures plus souples de passation.

Le trait le plus remarquable du nouveau code est de se servir des directives communautaires comme d'un modèle pour consacrer une conception nouvelle du droit des marchés publics, même si le nouveau code ne va pas jusqu'au bout de cette logique. En réalité, ce code a surtout pour objectifs de libéraliser la commande publique

La libéralisation apparaît également dans l'élévation des seuils des procédures formalisées, alignés sur les seuils communautaires et dans la faculté de mettre en œuvre une procédure adaptée, non régie par des règles générales préétablies.

→ **L'articulation de la réforme avec la nouvelle directive européenne** : La directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 relative à la coordination de procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, a abrogé les directives précédentes des années 1990. Cette directive a été publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne le 30 avril 2004, ainsi que celle n°2004/17/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Il importe de noter que le règlement CE n°1874/2004 de la Commission en date du 28 octobre 2004 a modifié ces directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application en matière de procédures de passation des marchés. **Deux types de seuil, selon la directive sont à prendre en compte : ceux relatifs à l'application des procédures de coordination prévues par la directive et ceux concernant la publication d'une pré-information.** Le principe retenu est celui d'un seuil unique, quelque soit le type de procédures retenues pour passer le marché, le seuil de référence variant, en revanche, comme auparavant, en fonction de l'objet du contrat.

Le législateur communautaire a donc voulu simplifier en diminuant le nombre de seuils de références. Du point de vue de notions telles que celle d'organisme de droit public, de marché public de travaux ou encore de marché de service, la directive n'innove pas par rapport à l'état du droit antérieur et on peut dire que la directive du 31 mars 2004 accentue finalement la dynamique de renforcement des contraintes liées à l'égalité de traitement et à la transparence des procédures, en contrepartie d'une certaine marge de manœuvre pour les pouvoirs adjudicateurs. Le nouveau Code des marchés serait globalement compatible avec les objectifs de la directive : certaines des dispositions de cette dernière ont été purement et simplement intégrées par anticipation dans le code de 2004 mais il faut rappeler que par un avis en date du 4 février 2004, la Commission européenne a annoncé l'engagement d'un contentieux contre la France pour manquement à ses obligations européennes, contentieux qui s'inscrit dans la lignée de la procédure engagée au regard du précédent code de 2001 dont une vingtaine d'articles ont été contestés, car selon la Commission européenne, le décret du 7 janvier 2004 ne prend toujours pas en compte 3 des 11 griefs qui avaient été soulevés par Bruxelles. Le nouveau code continue à soumettre à des procédures allégées certains marchés publics de services figurant dans l'annexe II de la directive n°2004-18 du 31 mars 2004 (ancienne annexe I-B de la directive n°92-50 du 18 juin 1992) : il s'agit des services juridiques, des services sociaux et sanitaires, des services récréatifs, culturels et sportifs, des services d'éducation ainsi que des services de qualification et d'insertion professionnelles.

L'article 30 dans la collimature de la Commission, a fait l'objet d'une censure par le Conseil d'Etat, qui le 23 février 2005, a décidé d'annuler l'alinéa 1 de l'article 30 ainsi que l'article 3-5 relatif aux intérêts d'emprunts et des engagements financiers des collectivités publiques, suivant en cela les conclusions du commissaire du gouvernement Didier Casas. Désormais, tous les contrats qui ne sont pas liés à l'article 29, tels que les marchés de formation, les marchés de restauration, les prestations intellectuelles, sont soumis aux dispositions générales du CMP, alors que le Code avait voulu maintenir l'exclusion des contrats d'emprunt des obligations de publicité et de mise en concurrence, bien que les contrats qui ont pour objet soit des emprunts soit d'autres engagements financiers sont visés par l'annexe II de la directive n°2004-18 du 31 mars 2004 (ancienne annexe I-1 de la directive n°92-50-marchés publics de services, et ancienne annexe XVI A de la directive n°93-38-marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications) et devaient donc, de ce fait, être soumis aux obligations de transparence prévues par la Directive. Mais il importe de souligner que la censure du Conseil d'Etat ne repose pas sur des arguments relatifs au droit communautaire. Le commissaire du gouvernement a, en effet, préconisé l'annulation des dispositions de l'article 30, en retenant des arguments reposant sur le droit interne. Il a notamment pris en compte la jurisprudence *Blanchisserie de Pantin* du Conseil d'Etat en date du 29 juillet 2002 (qui indique que les marchés sans formalités préalables restent soumis aux principes généraux de la commande publique, donc égalité de traitement, transparence et liberté d'accès) et une décision du Conseil constitutionnel (DC n°2003-473) en date du 26 juin 2003 portant sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, et qui reconnaît à certains principes de la commande publique, une valeur constitutionnelle (article 5-10), à savoir les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. L'arrêt ajoute que l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la correcte définition des besoins, le respect des obligations de publicité, la mise en concurrence et par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Au regard de ces éléments, toute publicité ne pouvait être exclue pour les services visés à l'article 30, car aucun intérêt public ne justifie une telle dérogation.

Par ailleurs, le droit communautaire issu des directives continue d'être violé par le Code de 2004, comme la souligné la Commission européenne, en ce qui concerne le nombre minimal de participants à inviter dans une procédure

Le parti pris de la réforme est donc de laisser l'acheteur public se demander ce qu'il peut faire. Ainsi, en ce qui concerne la publicité, le Code ne précise pas si les collectivités publiques doivent faire de la publicité écrite pour un marché entre 4000 et 90 000 euros, car c'est la logique économique qui doit primer. Mais il reste que l'administration a des réflexes qui demeurent très réglementarisés et le risque pénal demeure...même si la bonne fois et le bon sens des acheteurs doivent permettre de régler la grande majorité des problèmes.

Il reste que la notion de négociation est au cœur de la réforme : l'instauration du dialogue compétitif est la réponse adaptée à un marché complexe, c'est-à-dire qu'il demeure utilisable que lorsque l'acheteur n'est pas objectivement en mesure de maîtriser l'environnement technique ou financier de son marché.

S'agissant de la place de la négociation dans le Code, son champ a été étendu tout en restant encadré. Il n'y a pas de négociation possible à certains stades tels que demandes de précisions ou de compléments au stade de la CAO, stade du « repêchage » des candidats étourdis auxquels on demande de compléter leur offre et qui ne doivent pas en profiter pour la renforcer, demandes de justification relative aux offres anormalement basses, le stade de la mise au point. La négociation est donc exclue de ces différents stades et la jurisprudence ne va pas dans le sens d'un grand laxisme. **En fait, les zones de négociation sont offertes aux secteurs de l'article 30, relatifs aux prestations de services, aux marchés des opérateurs de réseaux et aux marchés de travaux relatifs aux réseaux, aux marchés de travaux et de fournitures conclu à des fins de recherche et aux marchés de maîtrise d'œuvre.**

En tout état de cause, la négociation ne peut signifier une atteinte aux principes d'égalité et de transparence. La négociation peut également être liée aux circonstances : infructuosité, impossibilité de définir le cahier des charges liée à la complexité des prestations, impossibilité de renouveler une partie de l'équipement sans créer des problèmes insurmontables d'incompatibilité sur certains contrats de fournitures, prestations similaires et prestations devenues nécessaires en cours d'exécution.

En outre, des seuils de négociation sont définis par le Code : en matière de travaux, la négociation est possible jusqu'à 5,9 millions d'euros, avec des degrés d'encadrement plus ou moins importants en fonction du montant ; en matière de fournitures et de services, on peut recourir à la négociation jusqu'à 230 000 euros, avec plus ou moins une obligation de publicité ; en matière de réseaux, la négociation est possible sans condition de montant.

La négociation, pour être réussie, passe par une bonne définition du besoin, en laissant au fournisseur initiative et créativité, ce qui implique que la solution à apporter au besoin soit construite avec le fournisseur. Par ailleurs, la négociation passe également par la fixation d'objectifs financiers et qualitatifs, qui doivent être quantifiés et discutés avec le fournisseur afin que ce dernier améliore son offre et par l'étude des prix. Les bonnes pratiques ne peuvent que naître de l'expérience. Si le Code a défini les grandes lignes des règles de l'achat public, il appartient aux acheteurs de prendre leurs responsabilités pour rendre plus efficace l'action publique et d'être extrêmement vigilants quant à la définition des besoins.

• **Un décret pris en application de la loi « Bachelot » précise la mise en place des repères de crues dans les zones inondables, le décret n°2005-233 du 14 mars 2005 :** Des repères de crues doivent désormais être installés sur l'ensemble du territoire de chaque commune, établis en tenant compte de certains critères (fréquence et ampleur des inondations, configuration des lieux, population pouvant être touchée).

• **Fonction publique :** L'assemblée nationale a adopté le 6 avril 2005, en première lecture, un projet de loi portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

Ce projet introduit notamment des contrats à durée indéterminée dans les différentes fonctions publiques (Etat, territoriale et hospitalière). Désormais, si l'administration souhaite maintenir un contrat à durée déterminée au-delà de six ans, elle devra nécessairement le transformer en contrat à durée indéterminée.

A NOTER : Le relevé de conclusions de la séance du Conseil supérieur de la fonction publique Territoriale (CSFPT) du 6 avril dernier, a été publié par la Direction générale des collectivités locales. S'agissant du projet de loi « Habitat pour tous », l'avis rendu par les membres du Conseil supérieur est défavorable (35 votants).

En effet, dans un récent communiqué du Président du CSFPT, a été souligné le fait que le texte allait conduire à la disparition progressive des fonctionnaires territoriaux des futurs offices publics de l'habitat et qu'il illustrait un nouvel exemple de recul du champ du statut de la Fonction publique territoriale.