

La lettre du Cabinet

Juillet 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

Chers clients et amis,

Malgré la période estivale, l'actualité juridique est toujours aussi intense.

Se profilent pour la rentrée des modifications importantes tant pour le régime des marchés publics que pour le code de l'urbanisme.

P. ailleurs, la loi n°2005-157 du 23/02/2005 relative au développement des territoires ruraux modifie une quinzaine de codes et autant de lois non codifiées.

Les nouvelles règles visent à concilier le développement économique des territoires ruraux avec la protection des espaces naturels, les mesures prises en faveur de l'égalité devant les services publics, la réforme des dispositions relatives à la montagne et enfin, la refonte du régime de l'aménagement foncier agricole.

L'enjeu de cette loi est d'instaurer une ruralité durable afin de sortir nos campagnes de ce que je qualifie, pour certains secteurs de « sahel gaulois ».

La prochaine lettre vous sera adressé au mois d'octobre.

Bonnes vacances !

Chantal GIL

Vers un nouveau Code des marchés publics en 2006 :

Le Ministère de l'Economie et des finances annonce un Code des marchés 2006, après le Code de 2001 et celui de 2004.

Rendu nécessaire selon le Ministère par la transposition des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, l'une des innovations consisterait dans la création d'accords-cadres et de marchés-cadre, catégories fixant un minimum et un maximum, en valeur ou en quantité de prestations que le pouvoir adjudicateur demandera à son cocontractant pendant une durée qui sera, sauf exception, de quatre ans maximum.

Le 88e Congrès des maires et des présidents de communautés de France se tiendra du mardi 22 au jeudi 24 novembre 2005 à Paris et aura pour thème "Le maire et l'Etat". Selon un communiqué de l'AMF c'est autour de questions telles que «où en sont les relations entre les maires et l'Etat ? Appellent-elles de simples ajustements ou une véritable refondation ?» que s'organisera le Congrès, qui aura pour objectif de confronter les attentes des communes et les souhaits de l'Etat.

FF, 2005, Département de la Loire, n°274033. L'acheteur public n'a pas à rendre public le montant prévisionnel du marché dans l'avis d'appel à la concurrence. En l'espèce, le juge des référés précontractuels du TA de Lyon avait annulé la procédure de passation d'un marché de travaux du département de la Loire, estimant que le département avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'indiquant pas dans l'appel public à concurrence le montant prévisionnel du marché tel qu'il avait été évalué par la commission permanente du Conseil général.

Pour le CE, le juge des référés a commis une erreur de droit, car « aucune disposition du code de MP ni aucune autre règle ne met à la charge de la personne responsable du marché une obligation de publicité quant au montant prévisionnel du marché qu'elle entend attribuer.

De plus, pour le CE, pour les MP d'un montant inférieur au seuil communautaire, il n'est pas nécessaire que la personne publique précise dans l'avis d'appel public, les modalités essentielles du financement. Cela est prévu dans le modèle de formulaire d'avis établi par arrêté du ministre de l'Economie et des finances du 30 janvier 2004, mais «cette rubrique n'est pas au nombre de celles que l'arrêté fait obligation à la collectivité publique de remplir».

En revanche, au dessus des seuils communautaires, la mention des modalités de financement est obligatoire (CE 2 juin 2004, Ville de Paris, n°261060, AJDA, 2004 n°1723).

URBANISME :

La loi du 9 décembre 2004 a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour redéfinir le champ d'application des déclarations et autorisations d'utiliser le sol et simplifier les règles de leur délivrance. Le Ministère de l'Equipement envisage la publication de la partie législative en décembre 2005 et des décrets au premier semestre 2006. Le permis de construire devrait perdre de sa spécificité car un régime commun à toutes les autorisations d'utiliser le sol serait ainsi mis en place. La procédure d'instruction devrait également être clairement simplifiée.

L'attribution d'un marché public de services à une société d'économie mixte ne constitue pas une opération publique interne dispensée des procédures de passation des marchés :

un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes en date du 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH (C-26/03) précise que l'attribution d'un marché public de services à une société d'économie mixte, quelle que soit la composition du capital de celle-ci, ne peut être dispensée de procédure de passation des marchés telles que prévues par la directive 92/50/CEE du Conseil en date du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. En l'espèce, la ville de Halle (Allemagne) avait demandé, sans avoir engagé une procédure de passation de marché, à la RPL Lochau, société dont le capital était, de manière indirecte, majoritairement détenu par la ville ainsi qu'à une société privée, d'élaborer un projet de construction d'une installation thermique d'élimination et de valorisation des déchets urbains résiduels et avait décidé d'engager des négociations avec la même société, pour lui confier l'élimination de ces déchets. En effet, ainsi que nous l'avons déjà évoqué dans l'une de nos précédentes lettres du Cabinet, en matière de marchés publics, la Cour administrative d'appel (CAA) de Bordeaux a déjà eu l'occasion de préciser que le Code des Marchés publics (CMP) s'appliquait normalement aux prestations de service entre une SEML et une collectivité locale actionnaire majoritaire.

Il est clair que la SEM est assimilée à n'importe quelle entreprise et ne bénéficie d'aucune dérogation dans le processus de mise en concurrence ou dans l'exécution du marché, en sorte qu'aucune distinction ne semble pouvoir être faite, en la matière, selon que la prestation de service a été confiée à une SEML lors de sa création ou quelques temps plus tard (CAA Bordeaux, 17/03/1997, Département de l'Hérault, n°96BX02342).

En effet, les SEM constituent le prototype même du pouvoir adjudicateur constitué sous la forme d'une personne morale de droit privé. Ainsi, dans une affaire en date du 13 janvier 2005 (CJCE, 13/01/2005, aff. C-84/03, Commission c/ Espagne), a-t-il été reproché à l'Etat espagnol, d'exclure du champ d'application des règles de passation des marchés publics, des organismes de droit privé, alors qu'ils devraient y être soumis, dès lors qu'ils répondent aux critères communautaires de l'organisme de droit public. Etait, en l'espèce, en cause, la manière dont l'Etat espagnol avait transposé les directives « Fournitures » et « Travaux », dans sa législation interne, étant donné que la loi espagnole avait entendu exclure, par principe, de son champ d'application, les organismes de droit privé, ce qui revenait à dire que ces derniers ne pouvaient être assimilés à des autorités adjudicatrices susceptibles d'être soumises aux règles de passation des marchés publics. En effet, la directive du 31 mars 2004 définit l'organisme de droit public comme étant « celui créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, doté de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».

Il s'en suit qu'il ne suffit pas de dire que telle entité n'est pas un organisme de droit public pour exclure cette entité du champ d'application, car c'est parce que précisément toute notion de droit communautaire reçoit une interprétation autonome, qu'elle est susceptible de s'appliquer de manière uniforme, dans tous les états membres, ce qui conduit à exclure le risque de voir le droit communautaire appliqué selon le bon vouloir de tel ou tel état membre.

On rappellera que la Cour de Luxembourg a déjà eu l'occasion de procéder de la sorte à propos de l'expression « créé spécifiquement pour des besoins d'intérêt général » (CJCE, 12/12/2002, aff. C-470/99, Universale-Bau, ACCP, n°20, mars 2003, p. 63) et pour identifier la notion proprement dite de « besoin d'intérêt général » (CJCE, 10/05/2001, aff. jointes C-223/99 et C-260/99, Agorà Srl et Excelsior, RD imm., 2001, p. 373 ; CJCE 27/02/2003, aff. C-373/00, Adolf Truley, ACCP, n°23, juin 2003, p. 50 ; CJCE 22/05/2003, aff. C-18/01, Korhonen, RD imm., 2003, p. 11).

Enfin, dans une affaire en date du 18 novembre 2004 (CJCE 18/11/2004, aff. C-126/03, Commission c/ Allemagne, Contrats et marchés publics, janv. 2005, n°6), on soulignera que, alors que la ville de Munich s'était portée candidate à un marché public d'élimination des déchets qu'elle avait obtenu, et avait entendu ensuite confier, par contrat, le transport des déchets à une entreprise, sans passer par une procédure d'appel d'offres, qu'elle soutenait qu'elle ne s'était pas comportée, dans cette affaire, comme entité adjudicatrice, mais comme prestataire de services, le contrat passé entre la ville et ladite entreprise entrait bien dans le champ d'application de la directive « services » et donc, était bien un marché public.

S'il est de jurisprudence constante que la Cour envisage les organismes de droit public d'un point de vue fonctionnel, les autorités adjudicatrices ne doivent pas être identifiées de la même manière. Il est, par conséquent, vain de soutenir qu'une collectivité locale contracte avec une entreprise, en sa qualité d'opérateur économique, pour en déduire que le contrat ne s'inscrit pas « dans le cadre des activités

d'intérêt général de ladite collectivité locale ». Que les collectivités agissent en qualité de prestataires de services ou non, elles sont autorités adjudicatrices.

S'agissant des prestations « in house », il convient de rappeler qu'elles visent des hypothèses dans lesquelles on est en présence d'autorités adjudicatrices et où le contrat s'analyse en un marché public, échappant toutefois aux directives communautaires. La prestation « in house » concerne les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus entre deux personnes morales distinctes mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre, est issue de la jurisprudence communautaire qui pose deux conditions pour reconnaître l'existence d'une prestation intégrée :

- le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant est de même nature que celui qu'elle exerce sur ses services propres : une simple relation de tutelle ne suffit pas.
- le cocontractant travaille essentiellement pour la personne publique demanderesse : la part des activités réalisées au profit d'autres personnes doit demeurer marginale.

Cette notion de prestation « in house » a, par conséquent, été précisée par l'affaire en date du 11 janvier 2005 concernant la ville de Halle (CJCE, 11/01/2005, aff. C-26/03, Stadt Halle), dans laquelle il était soutenu qu'il ressortait des statuts de la société RPL Lochau que ladite société était plutôt l'émanation de la ville de Halle, dès lors qu'elle était contrôlée par celle-ci, pour pouvoir qualifier la prestation, de prestation « in house ».

La société en question, en réalité, s'avérait être une société d'économie mixte, puisque qu'elle était détenue à hauteur de 75,1 % par une entreprise dont l'actionnaire unique appartenait à 100% à la ville, les 24,90 % restants étant détenus par un actionnaire privé.

La Cour a estimé, en l'espèce, que les droits minoritaires détenus par l'actionnaire privé, en autorisant leur détenteur à faire valoir ses intérêts, s'opposaient à ce que l'autorité adjudicatrice exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. La Cour énonce ainsi « tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente que les intérêts publics » et en conclut que « la participation d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. »

Décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 portant modification du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique :

1°- Ce décret a pour objet, d'une part, de tenter de mettre les dispositions du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique en conformité avec celles de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En effet, tant la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 24 avril 2003 (*Yvon c/ France*), que la Cour de Cassation (Cass. 3^{ème} civ., 2 juillet 2003, *Consorts Monzérien c/ Département de la Drôme*, et beaucoup d'autres arrêts par la suite), ont considéré qu'il résultait des dispositions des articles R. 13-32, R. 13-35, R. 13-36 et R. 13-47 du Code de l'expropriation, relatives au rôle tenu par le Commissaire du Gouvernement dans la procédure en fixation des indemnités d'expropriation, et des articles 2196 du Code civil, 38-1 et 39 du Décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955, que celui-ci, expert et partie à cette procédure, occupait une position dominante et bénéficiait, par rapport à l'exproprié, d'avantages dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier, générant un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes, en violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les critiques s'étaient également focalisées sur la non application au Commissaire du Gouvernement du principe du contradictoire, sur le poids de son intervention devant les juridictions de l'expropriation, et sur la confusion d'intérêts entre le Commissaire du Gouvernement et l'expropriant.

Le décret du 13 mai 2005 répond à ces critiques en modifiant comme suit le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique :

Sur l'inégalité des conditions d'accès au fichier immobilier :

Au 2^{ème} alinéa de l'article R. 13-32 est ajouté : « Elles (les conclusions du Commissaire du Gouvernement) comportent notamment les références de tous les termes de comparaison issus des actes de mutation sélectionnés sur lesquels il s'est fondé pour retenir l'évaluation qu'il propose, ainsi que toute indication sur les raisons pour lesquelles les éléments non pertinents ont été écartés ».

On est en droit de penser d'une part que ces dispositions ne modifient pas fondamentalement l'intervention du Commissaire du Gouvernement, dans la mesure où celui-ci continue de procéder, à l'instar du précédent régime, à une sélection des actes de mutation produits au soutien de sa thèse, et d'indiquer les raisons pour lesquelles il écarte les éléments non pertinents. D'autre part, et surtout, ces dispositions ne corrigent pas l'inégalité existant entre le Commissaire du Gouvernement et les autres parties à la procédure quant à l'accès aux sources de l'information en matière d'évaluation immobilière.

Les expropriés restent démunis pour accéder efficacement au fichier immobilier tenu par la Conservation des Hypothèques, et à partir duquel, au surplus, la Direction des services fiscaux établit un fichier dénommé « *Éil* », beaucoup plus complet et contenant des informations sur la nature du bien, le type d'immeuble, les règles d'urbanisme, le chiffre d'affaires et le bénéfice des fonds de commerce. Dans ces conditions, l'exproprié ne peut qu'envisager de saisir la Commission d'Accès aux Documents Administratifs, tant pour les documents reçus aux Conservations des Hypothèques que pour le fichier « *Éil* ».

Le Décret du 13 mai 2005 ne répond pas à notre avis aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Sur le principe du contradictoire :

Un 4^{ème} alinéa est ajouté à l'article R. 13-7 : « *Le Commissaire du Gouvernement exerce ses missions dans le respect de la contradiction guidant le procès civil* ».

En outre, le 1^{er} alinéa de l'article R. 13-32 est remplacé par : « *A peine d'irrecevabilité, le Commissaire du Gouvernement notifie ses conclusions aux parties à l'instance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au moins huit jours avant la visite des lieux* ».

Ces modifications n'emportent en pratique aucun changement dans la mesure où les juridictions s'attachaient déjà à vérifier que les conclusions du Commissaire du Gouvernement avaient été portées à la connaissance des parties, et avaient pu être valablement discutées.

Sur le poids du Commissaire du Gouvernement dans son intervention devant les juridictions de l'expropriation :

Le Juge de première instance peut désormais désigner un Expert en vue de la détermination de la valeur d'immeubles présentant des difficultés particulières d'évaluation, ou de se faire assister par un Notaire lors de la visite des lieux : le Commissaire du Gouvernement n'a dès lors plus le monopole, en première instance, de l'expertise en matière d'évaluation (modification de l'article R. 13-28).

De même, l'article R. 13-36 est modifié par la suppression de l'obligation faite au Juge de motiver spécialement sa décision d'écarter les conclusions du Commissaire du Gouvernement lorsque celle-ci sont inférieures aux offres de l'expropriant.

On est en droit d'estimer que ces dispositions ne vont pas fondamentalement modifier le poids de l'intervention du Commissaire du Gouvernement dans la procédure judiciaire de fixation des indemnités d'expropriation.

Sur la confusion d'intérêts entre le Commissaire du Gouvernement et l'expropriant :

Le 2^{ème} alinéa de l'article R. 13-7, sur la désignation des fonctionnaires pour exercer les fonctions de Commissaire du Gouvernement, est complété par : « *Cette désignation ne peut porter sur des agents ayant, pour le compte de l'autorité expropriante, donné l'avis d'estimation préalable aux offres d'indemnité* ».

Cette nouvelle disposition n'emporte pas une dissociation effective entre le fonctionnaire ayant procédé à l'évaluation initiale et celui intervenant dans la procédure en qualité de Commissaire du Gouvernement : ils appartiennent toujours au même service et relèvent de la même hiérarchie.

Au demeurant, sont maintenues les dispositions du décret n° 67-568 du 12 juillet 1967 (articles R. 176 à R. 185 du Code du domaine de l'Etat) selon lesquelles, dans certains départements, le service des domaines est seul habilité à poursuivre les acquisitions à l'amiable ou par voie d'expropriation, soit pour l'Etat, soit à la demande des autres collectivités publiques : la confusion reste dans ce cas patente.

2°- Le décret du 13 mai 2005 porte modification, d'autre part, d'un certain nombre de délais :

Le délai d'appel est porté à un mois au lieu de quinze jours (article R. 13-47) ; la mention de l'article L. 15-2 selon laquelle l'appel n'est pas suspensif est abrogée.

Par ailleurs, les délais mentionnés aux articles L. 12-1, L. 13-2, L. 13-10, L. 13-11, L. 13-21, L. 15-5 sont supprimés.

Enfin, les délais des articles R. 13-15 alinéa 2, R. 13-23, R. 13-26 et R. 13-35 sont allongés.

3°- Enfin, le décret du 13 mai 2005 complète ou modifie certains points de la procédure :

Les modalités d'application de l'article L. 12-5 alinéa 2 sont enfin définies, permettant à l'exproprié de faire constater l'absence de base légale de l'ordonnance d'expropriation lorsque la déclaration d'utilité publique ou l'arrêté de cessibilité ont été annulés.

Les dispositions des articles 675 et suivants du Nouveau code de procédure civile (signification) sont désormais applicables à la notification des jugements et des arrêts (R. 13-42).

En cause d'appel, la sanction de l'irrecevabilité est désormais prévue si l'intimé ne dépose pas son mémoire en réponse dans le délai de un mois à compter de la notification du mémoire de l'appelant (article R. 13-49).

Ainsi se présentent les principales dispositions du Décret du 13 mai 2005, parmi les 61 articles qui le composent que nous n'avons pas abordé de manière exhaustive.

Ces dispositions recevront application au 1^{er} août 2005, tant aux instances à venir qu'à celles en cours.

Actualité en bref :

Ordonnance n°2005-645 relative aux procédures de passation des marchés publics des collectivités territoriales (30 7 juin 2005, p. 9998) : l'ordonnance vise à mettre fin à la jurisprudence Commune de Montélimar (CE 13 oct. 2004, AJDA, 2004, p ; 2107) , selon laquelle l'organe délibérant de la collectivité devait, après avoir autorisé le lancement de la procédure de passation d'un marché public, délibérer à nouveau pour habiliter l'exécutif à signer avec l'attributaire.

Pour les marchés dont le montant est supérieur à 230 000 euros et pour ceux d'un montant inférieur à ce seuil et pour lesquels l'assemblée délibérante n'aurait pas donné délégation à l'exécutif local en application des articles L. 2122-22 ; L. 3221-11 et L. 4231-8 du CGCT, les modalités selon lesquelles l'assemblée délibérante d'une collectivité habilite l'exécutif à signer un marché sont simplifiées.

Dès lors qu'il revient à la CAO de la collectivité au sein de laquelle l'opposition municipale est représentée de désigner l'attributaire du marché, une seule délibération de l'organe délibérant pour lancer la procédure suffit et permet à l'autorité exécutive de signer le marché avec son attributaire. Mais l'assemblée, en revanche, a la possibilité de revenir à tout moment sur son habilitation.

TA NICE, 4 mars 2005, Préfet du Var c/ Office public départemental d'habitations à loyers modérés du Var, req. n°0301605 : Le juge administratif, en l'espèce, a estimé que l'absence de sous-traitant, lors de la soumission de l'offre, ne constituait pas une irrégularité substantielle de nature à entraîner la nullité du marché conclu, dans la mesure où les mentions relatives à la dénomination du sous-traitant prévues par la loi du 31 décembre 1975 et par les dispositions du code des marchés publics relatives à la sous-traitance ne sont pas reprises par les dispositions dudit code portant sur les renseignements et les documents que doit fournir tout soumissionnaire à un marché public.

• Projet de loi sur les concessions d'aménagement

Le nouveau ministre de l'Équipement, Monsieur Dominique Perben, a présenté le 3 juin 2005 en conseil des ministres un projet de loi sur les concessions d'aménagement, qui aura pour objet de répondre à la sécurité juridique remise en cause par la jurisprudence administrative.

Dans le projet de loi, la distinction fondée sur la nature publique ou privée de la convention d'aménagement est abandonnée ainsi que la dénomination de « convention » au profit du terme « concession ».

Les concessions d'aménagement qui devront respecter des procédures de publicité et de concurrence, définies par un décret en Conseil d'État, seront soumises toutefois à des règles de concurrence simplifiées et les contrats conclus avec un aménageur sur lequel le concédant exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services, ne seront pas soumis à l'obligation de mise en concurrence, ce qui va directement à l'encontre du droit communautaire.

Le texte devrait également prévoir dans le traité de concession une participation financière de la collectivité à la réalisation de l'opération quel que soit le statut juridique du concessionnaire.