

→ ÉCLAIRAGE

Les concessions d'aménagement sont-elles condamnées ?

La Cour de justice des Communautés européennes vient de qualifier, faute de risques supportés par le concessionnaire, une concession d'aménagement de marché public au sens du droit communautaire. Il en résulte que les concessions d'aménagement devront, en règle générale, être précédées de mesures de publicité et être attribuées après appel d'offre ou dialogue compétitif. Les nouveaux articles R. 300-1 et suivants du Code de l'urbanisme sont, soit illégaux, soit dépassés.

► **Marc FORNACCIARI**
Avocat associé
Cabinet Jeantet et Associés

savoir un parc de stationnement ainsi que des voies d'accès et des espaces publics. Les tranches ultérieures, lesquelles impliquaient la signature d'un avenant ►

Par un arrêt très attendu, la Cour de justice des Communautés européennes, statuant sur renvoi préjudiciel du Tribunal administratif de Lyon, a jugé qu'une convention d'aménagement passée en 2002 par la ville de Roanne avec une société d'économie mixte locale (SEML) constituait un marché public au sens du droit communautaire (*CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Auroux c/Commune de Roanne*).

Rendue sous un état du droit applicable avant la réforme opérée par la *loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005* et son *décret d'application n° 2006-959 du 31 juillet 2006*, cette décision n'en est pas moins lourde de conséquence pour les concessions d'aménagement conclues sous le nouveau régime.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : la convention, conclue le 25 novembre 2002, prévoyait la réalisation d'un pôle de loisirs par tranches successives. La première tranche comportait la construction d'un multiplexe cinématographique et de locaux commerciaux ayant vocation à être cédés à des tiers, ainsi que des ouvrages destinés à être remis à la commune, à

SOMMAIRE

Éclairage	1
Les concessions d'aménagement sont-elles condamnées ?, par <i>Marc Fornacciari</i>	
ACTUALISATION DE L'OUVRAGE	
► Procédure de consultation lors de l'extension d'un périmètre d'un EPCI	7
► Précision sur l'identification d'une personne privée gestionnaire d'une mission de service public	8
► Nouvelle cause de responsabilité de l'État du fait des lois	9
► Déclassement anticipé d'un bien du domaine public : le plafond temporel précisé en cas de cession	13
► Taux d'intérêt légal pour 2007	14
PRATIQUE	
► Nouvelles propositions pour favoriser l'accès à la commande publique des PME innovantes	15
SOMMAIRE RÉCAPITULATIF	16

N° 111

mars

2007

ISSN 1279-8452

Ce bulletin actualise
votre ouvrage entre
deux éditions



Grâce au E-pass accessible depuis votre cédérom, vous pouvez consulter les informations de ce bulletin dès son bouclage par nos rédactions, effectuer des recherches, par mot(s)-clé(s) et disposer d'une veille juridique personnalisée. Pour en savoir plus, nos conseillers sont à votre disposition au

► N° Indigo 0 825 08 08 00

0.15 € TTC / MN

www.lamy.fr



une société Wolters Kluwer

à la convention, portaient essentiellement sur la construction d'autres locaux commerciaux ou de services et d'un hôtel.

La société d'économie mixte (SEM) se voyait confier la mission, notamment, de procéder à des acquisitions foncières, d'organiser un concours d'architecture et/ou d'ingénierie, de faire procéder à des études, de réaliser les travaux de construction, d'établir et de tenir à jour certains documents comptables et de gestion, de rechercher des fonds, de mettre en place des moyens efficaces pour assurer la commercialisation des ouvrages, ainsi que d'assurer de manière générale la gestion et la coordination de l'opération, et l'information de la commune.

I. — Les questions tranchées par l'arrêt

Fondé sur l'application de la directive « travaux » du 14 juin 1993 (*Dir. Cons. CE n° 93/37, 14 juin 1993, JOCE 9 août, n° L 199*), le raisonnement de la Cour demeure entièrement valable sous l'empire du texte actuel, à savoir la directive du 31 mars 2004 (*Dir. Comm. CE n° 2004/18, 31 mars 2004, JOUE 30 avr., n° L 134*). L'article 1^{er}, a), de ce texte définit les marchés publics de travaux comme « des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » (point 46).

La Cour s'est appliquée à montrer que l'ensemble des critères était rempli en l'espèce.

A. — La concession d'aménagement est un marché de travaux

La Cour fait d'abord justice de l'argumentation selon laquelle les conventions d'aménagement « à la française » ne constitueraient pas des marchés publics de travaux en raison de leur objet, qui dépasse celui de la réalisation de travaux mais porte sur la réalisation globale d'un projet urbain et comprend, outre des prestations de travaux, des prestations de service comme le montage du projet, la gestion administrative et juridique, l'acquisition des terrains et la passation des contrats.

La Cour écarte sans surprise cet argument. En effet, en présence d'un contrat mixte, la Cour regarde l'objet principal

du contrat, ou comme le dit Mme Kokott dans ses conclusions (*concl. Kokott J. sur CJCE, 15 juin 2006, aff. C-220/05, point 37*), son « centre de gravité » (CJCE, 19 avr. 1994, *aff. C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Rec. CJCE, I, p. 1329*). Or, il ne faisait pas de doute que ce « centre de gravité » se situait en l'espèce dans la partie travaux. Comme le note la Cour, « les éléments de services prévus par la convention, tels que l'acquisition foncière, la recherche de fonds, l'organisation d'un concours d'architecture et/ou d'ingénierie ainsi que la commercialisation des bâtiments font partie de l'achèvement de cet ouvrage ».

B. — Les ouvrages répondent aux besoins de la commune de Roanne

Plus délicat était l'argument du gouvernement français selon lequel le critère tiré de ce que les ouvrages répondent aux besoins définis par le pouvoir adjudicateur n'était pas rempli. En effet, les autorités françaises faisaient valoir qu'une partie du pôle de loisirs (comprenant la construction d'un cinéma multiplexe, de locaux de services connexes aux loisirs, d'un parc de stationnement et, éventuellement, d'un hôtel) serait vendue à des tiers et que seule la construction du parc de stationnement pour le compte de la commune de Roanne pourrait, en principe, constituer un marché public de travaux ; mais tel ne serait en tout état de cause pas le cas en l'espèce car, était-il remarqué, le parc de stationnement serait construit en vente en l'état futur d'achèvement (VEFA). La Cour a balayé cette argumentation. En effet, elle a considéré que, même destinés à être revendus à des tiers, les ouvrages devaient être considérés comme répondant aux besoins précisés par la commune de Roanne dans la convention. En effet, « par la réalisation du pôle de loisirs dans son ensemble, la commune de Roanne cherche à repositionner et à redynamiser le quartier de la gare ». Comme le note Mme Kokott dans ses conclusions (*concl. Kokott J. sur CJCE, 15 juin 2006, aff. C-220/05, point 42*) : « le point de savoir si le pouvoir adjudicateur a l'intention d'utiliser lui-même l'ouvrage à construire ou s'il entend le mettre à la disposition du public ou de tiers ne saurait pas davantage avoir une incidence ».

Le fait que la commune ne devienne propriétaire de la partie de l'ouvrage qui lui est destinée que lorsqu'ils auront été achevés est également sans incidence sur la qualification de marché public, dès lors, explique Mme Kokott, que le marché porte non seulement sur la réalisation d'un ouvrage mais aussi sur sa conception et sa construction préalable.

C. — La concession d'aménagement n'est pas une concession de travaux publics

De façon plus novatrice, et c'est en cela que consiste, à notre avis, l'intérêt de l'arrêt, la Cour dénie à la concession d'amé-

nagement signée par la ville de Roanne la qualification de concession de travaux publics.

À vrai dire, cette position ne résulte pas *expressis verbis* de l'arrêt lui-même, mais elle ressort très clairement des conclusions de Mme Kokott. La directive définit la concession de travaux publics comme un contrat présentant les mêmes caractères qu'un marché de travaux; « à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ».

Or, en l'espèce, selon le bilan prévisionnel annexé à la convention, le montant total des recettes s'élevait à 14 268 341 euros pour la réalisation globale de l'opération. Cette somme comprenait un montant de 2 925 000 euros à payer par la ville en contrepartie de la cession du parc de stationnement. Pour les autres recettes, il était estimé que l'aménageur obtiendrait 8 099 000 euros en contrepartie de la cession d'ouvrages destinés à des tiers, et que la ville contribuerait au financement de l'ensemble des ouvrages à réaliser pour un montant de 3 034 341 euros pour l'ensemble des travaux. Par conséquent, la plus grande partie des recettes provenait de tiers et non d'un prix payé par la ville. Cette circonstance n'a pas suffi à convaincre l'avocat général, et par conséquent la Cour, qu'il s'agissait bien d'une concession et non d'un marché. En effet, explique Mme Kokott au point 46 de ses conclusions, « on ne saurait déduire du fait que (l'aménageur) a pouvoir pour céder de grandes parties du pôle de loisirs directement à des tiers qu'il s'agit d'une concession de travaux publics au sens de l'article 1^{er}, sous d), de la directive n° 93/37. Le rapport triangulaire entre la ville de Roanne, la SEDL et les tiers acquéreurs, dont les paiements fourniront la majeure partie de la rémunération de la SEDL, évoque certes une concession. Une concession publique se caractérise cependant en outre par le fait que le cocontractant du pouvoir adjudicateur supporte le risque économique de l'opération. Cette caractéristique fait en l'espèce défaut, la ville de Roanne s'étant en effet obligée dans la convention à reprendre à l'expiration de l'opération les éléments du pôle de loisirs qui n'auront pas été vendus et à supporter en outre le risque financier de l'opération ».

En faisant du risque d'exploitation la caractéristique déterminante de la concession de travaux, l'avocat général va plus loin que la directive, qui mentionne seulement que la rémunération consiste, même partiellement, dans « le droit d'exploiter l'ouvrage ».

À vrai dire, ce critère a déjà été dégagé naguère par l'arrêt « Parking Brixen » (CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen, Rec. CJCE, I, p. 8612, BJCP 2005, n° 43, p. 454, concl. Kokott J., note Schwartz R., Contrats marchés publ.

2005, comm. 306, note Eckert G.). La Cour avait alors jugé que la rémunération par des tiers, et non par l'autorité publique, « implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question (ce qui) caractérise ainsi une concession de services publics ».

Mais, dans l'affaire de Roanne, la Cour est contrainte d'admettre que le paiement par l'usager ne suffit pas à caractériser le risque d'exploitation. Il est en effet des cas, par exemple parce que le pouvoir adjudicateur accorde des garanties ou prend en charge le déficit d'exploitation, où l'élément de risque fait défaut ou n'est pas suffisant pour faire écarter la qualification de marché public.

D. — Les autres questions tranchées par la Cour

→ Le calcul des seuils

La plus grande partie de la rémunération de l'aménageur provenant de revenus perçus sur des tiers, se posait la question de savoir quel montant de marché prendre en compte pour le calcul des seuils fixés par la directive : le montant total prévisionnel des recettes, ou seulement la partie « prix » payée par la ville ?

Pour répondre à la question, la Cour va rechercher l'effet utile des directives, qui ont pour objet d'éliminer les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, notamment en organisant une publicité communautaire des avis des marchés. À cet égard, relève la Cour, comme l'objectif de la publicité est précisément de garantir à des soumissionnaires potentiels l'accès aux marchés publics qui les intéressent, c'est bien à partir de leur point de vue qu'il y a lieu de calculer si la valeur d'un marché atteint le seuil fixé par les directives. Or, juge la Cour, « si la valeur d'un marché est constituée de recettes provenant à la fois du pouvoir adjudicateur et de tiers, l'intérêt d'un soumissionnaire potentiel dans un tel marché s'attache à la valeur globale de celui-ci » (point 54).

En outre, la Cour relève que les concessions de travaux publics sont soumises aux règles de publicité prévues par la directive dans le cas où le seuil visé par la directive est atteint. La concession de travaux publics étant justement caractérisée par le paiement par des tiers, il serait contraire à l'objectif recherché par la directive qu'il ne soit pas tenu compte, pour le calcul du seuil, des montants versés par les tiers.

Il doit donc en aller de même, juge logiquement la Cour, dans le cadre de marchés publics comportant une part de rémunération à la charge des tiers. Dans le cas d'une concession d'aménagement, il faut donc prendre en compte « la valeur totale du marché de travaux du point de vue d'un ►

soumissionnaire potentiel, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers » (point 49).

→ Le bénéfice de la théorie du contrat « in house »

Le Tribunal administratif de Lyon interrogeait enfin la Cour sur le point de savoir si un pouvoir adjudicateur est dispensé de recourir aux procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive au motif que, conformément au droit national, cette convention ne peut être conclue qu'avec certaines personnes morales, qui ont elles-mêmes la qualité de pouvoir adjudicateur et qui seront tenues, à leur tour, d'appliquer lesdites procédures pour passer d'éventuels marchés subséquents.

La Cour répond sans surprise par la négative à cette question, en l'absence de toute disposition dans la directive autorisant une telle dérogation : « la directive ne contient pas de dispositions permettant d'écarter son application en cas de marché public de travaux passé entre deux pouvoirs adjudicateurs, même à supposer que le second pouvoir adjudicateur se voie obligé de sous-traiter la valeur totale du marché à des entrepreneurs successifs et, à cet effet, de recourir aux procédures de passation de marchés publics prévues par la directive » (point 66), ce qui d'ailleurs, relève la Cour, n'est pas le cas en l'espèce.

La Cour écarte aussi l'exception de travaux « in house », déjà bien mise à mal dans l'arrêt « Stadt Halle » (CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle et RPL Lochau, Rec. CJCE, I, p. 1, BJCP 2005, n° 40, p. 180, note Maugüé Ch., Contrats marchés publ. 2005, comm. 68, note Eckert G.). Citant cette dernière jurisprudence, la Cour relève que l'exception de travaux « in house » doit être écartée du seul fait que l'aménageur est une société d'économie mixte au capital de laquelle participent des fonds privés, ce qui exclut que la commune puisse être considérée comme exerçant sur elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

II. — Quelle est la portée de l'arrêt ?

A. — Les concessions d'aménagement « à la française » sont-elles condamnées ?

En premier lieu, l'arrêt « Auroux » ne condamne pas en tant que telles les concessions d'aménagement « à la française ». Il soumet seulement leur passation aux formalités de publi-

cité et de mise en concurrence prévues par les directives « marchés publics », qui sont actuellement les directives n°s 2004/17/CE et 2004/18/CE du 3 mars 2004, sauf dans deux cas :

- lorsque le montant des concessions d'aménagement est inférieur au seuil d'application des directives, calculé comme dans l'arrêt « Auroux », et qui est actuellement de 5 278 000 euros, hypothèse qui sera peu fréquente ;
- lorsque l'aménageur supportera un véritable risque économique. Or, cette hypothèse est également peu probable, sauf précisément pour les petites opérations. En effet le principe même de l'aménagement suppose que l'aménageur acquière le foncier sur longue période, ce qui rend hasardeuse la prévision des coûts ; quant aux recettes, la prévision est également très difficile, puisqu'elles proviennent de la revente à des tiers de droits à construire ou d'immeubles ou de la location de ces immeubles. Le risque est alors tel que la logique économique de l'opération suppose une garantie par les collectivités publiques, sous forme, par exemple, d'une modification de l'apport initialement prévu de la collectivité, ainsi que le permet l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme.

Mais, précisément, la réforme intervenue, à la suite du recours en manquement de la Commission contre la France, et qui s'est traduite par l'adoption de la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 et du décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006 (codifié aux articles R. 300-4 et suivants du Code de l'urbanisme), a notamment pour objet de prévoir, pour les concessions d'aménagement au-dessus des seuils, une procédure de publicité et de mise en concurrence. La question est donc : les nouveaux articles R. 300-4 et suivants du Code de l'urbanisme sont-ils conformes au droit communautaire ?

B. — Les articles R. 300-4 et suivants du Code de l'urbanisme sont-ils légaux ?

→ La question du champ d'application du décret du 31 juillet 2006

Le nouvel article R. 300-11 du Code de l'urbanisme précise que les nouvelles règles s'appliquent « aux concessions d'aménagement pour lesquelles le concessionnaire est rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération d'aménagement ».

Ce faisant, les auteurs du décret ont entendu reprendre la définition des délégations de service public issue de la loi MURCEF (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, JO 12 déc.). Par là même, ils ont sans doute voulu viser les concessions de travaux publics au sens de la directive n° 2004/18/CE. On peut d'ailleurs remarquer que la définition n'est pas claire, puisque la loi MURCEF vise les « résultats de l'exploitation ». Il est

vrai que la notion d'exploitation suppose une permanence de l'objet économique donnant lieu à exploitation, alors que l'opération d'aménagement est éphémère et que donc la définition de la délégation de service public ne pouvait pas être reprise telle quelle. Mais alors on suppose qu'elle vise uniquement les recettes que l'aménageur se procure des tiers et non celles provenant de la contribution de la collectivité ?

Malheureusement, cette définition, d'ailleurs d'application très délicate en droit français depuis son adoption par une célèbre jurisprudence du Conseil d'État (CE, 15 avr. 1996, n° 168325, *Préfet des Bouches du Rhône c/Commune de Lambesc*, Rec. CE 1996, p. 274, CJEG août 1996, p. 270, note Savignat R. et concl. Chantepy Ch.), ne recouvre que partiellement celle de la concession de travaux publics donnée par la directive et précisée par les jurisprudences « *Parking Brixen* » et « *Auroux* ». On peut en effet concevoir des cas où, malgré une rémunération substantiellement assurée par résultats de l'opération d'aménagement, l'aménageur n'est pas en risque : c'est précisément le cas de la concession d'aménagement de Roanne dans l'affaire « *Auroux* » ; d'autres en revanche où il l'est malgré une faible part de revenus provenant des résultats de l'opération.

Les nouvelles dispositions du Code de l'urbanisme posent donc d'abord un problème de champ d'application : elles ne recouvrent que partiellement la notion de concession de travaux publics au sens de la directive n° 2004/18/CE et paraissent ne recouvrir très marginalement les opérations d'aménagement qualifiées de marchés de travaux.

→ La publicité

Le code prévoit une publicité dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier, par un avis conforme à un modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'Urbanisme (C. urb., art. R. 300-5).

Pour les concessions d'aménagement d'un montant supérieur à 5 270 000 euros, le code prévoit la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* d'un avis conforme à celui que prévoit les directives. Toutefois, ce montant est celui « des travaux nécessaires à la réalisation des équipements qui seront remis au concédant par le concessionnaire » (C. urb., art. R. 300-5). En d'autres termes, il n'est pas tenu compte du montant des travaux de construction des ouvrages qui seront vendus à des tiers, ce qui est contraire à l'arrêt « *Auroux* ».

L'article R. 300-5 nouveau est par conséquent contraire au droit communautaire dans tous les cas, puisque même les concessions de travaux public doivent être, aux termes de

l'article 58 de la directive n° 2004/18/CE, l'octroi d'une concession de travaux doit être précédée d'une publicité à partir du seuil de 5 270 000 euros.

→ La mise en concurrence

Aux termes du *nouvel article R. 300-7 du Code de l'urbanisme*, « le concédant choisit le concessionnaire (...) après avoir engagé librement toute discussion utile avec une ou plusieurs personnes ayant présenté une candidature ».

En d'autres termes, il s'agit d'une procédure négociée. Or, et réserve faite dans les cas où la concession relève des « *secteurs exclus* » de la directive n° 2004/17/CE, la directive n° 2004/18/CE prévoit deux hypothèses :

- en ce qui concerne les marchés publics, elle ne permet la procédure négociée que dans des cas très limités : en présence d'offres irrégulières, ou dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ou enfin pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement. Pour la directive, la procédure de droit commun pour la passation des marchés publics est au contraire celle de l'appel d'offres, ouvert ou restreint. On peut également penser que, dans la grande majorité des cas, le projet présentera un caractère de complexité permettant l'emploi de la procédure de dialogue compétitif ;
 - s'agissant des concessions de travaux publics, aucune forme de passation n'est requise, et le pouvoir adjudicateur peut négocier librement avec les candidats.
- Il en résulte que l'article R. 300-7 du Code de l'urbanisme n'est conforme au droit communautaire qu'en tant qu'il est limité aux concessions d'aménagement dans lesquelles l'aménageur supporte le risque de l'aménagement.

→ Conséquences sur la légalité du décret du 31 juillet 2006

Ainsi, les nouveaux articles R. 300-4 et suivants du Code de l'urbanisme soit ne sont pas conformes au droit communautaire, soit ne le sont qu'en tant qu'ils concernent une fraction très limitée des concessions d'aménagement. Dans ces conditions, l'attitude du juge sera peut être nuancée. Le sort de l'article R. 300-5 du Code de l'urbanisme sur la publicité nous paraît bien compromis au contentieux. En revanche, le juge pourrait, par une réserve d'interprétation, considérer que le reste du texte est valide mais seulement en tant qu'il s'applique aux concessions d'aménagement pour lesquelles le concessionnaire est en risque. ►

Pour les autres concessions d'aménagement, celles qui correspondent au cas d'espèce de la concession de Roanne, il faut conclure de l'arrêt « Aurox » qu'aucun texte n'est encore intervenu. Par conséquent, ces concessions ne relèvent pour l'instant que de la directive n° 2004/18/CE (ou n° 2004/17/CE selon les cas) et doivent lui être conformes. Un tel cas n'est pas rare dans le droit des montages administratifs complexes. C'est notamment le cas des autorisa-

tions d'occupation temporaire/locations avec option d'achat (AOT/LOA) en dehors de celles qui relèvent de l'article L. 2122-15 du Code général de la propriété des personnes publiques ou des baux emphytéotiques administratifs en dehors de ceux ayant un objet hospitalier.

Il serait bien sûr de bonne administration qu'une clarification intervienne le plus rapidement possible et que les articles R. 300-1 et suivants du Code de l'urbanisme soient modifiés pour correspondre exactement aux catégories du droit communautaire. ✚

LAMY S.A. au capital de 1 800 000 € - 305 254 161 RCS Nanterre

Lamy
une société Wolters Kluwer

**Collection
Lamy Droit
des Affaires**

**Affichez
vos références !**

Pour plus d'informations
ou pour recevoir gratuitement des extraits de l'ouvrage
www.lamy.fr

▶ N° Indigo 0 825 08 08 00
0,15 € TTC / MN

Actualisation de l'ouvrage

↓ INTERVENTIONS PUBLIQUES

Les intercommunalités

Procédure de consultation lors de l'extension d'un périmètre d'un EPCI

Le Conseil d'État précise l'effet juridique du second avis d'une commune après le délai de trois mois lors d'une extension de périmètre d'un EPCI.

Lors de la procédure d'extension du périmètre d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), une commune a délibéré, dans le délai de trois mois suivant la sollicitation du préfet en ce sens, en émettant le vœu d'adhérer à une communauté de communes, vœu assorti d'une demande d'information sur les conséquences de son éventuelle adhésion. L'intégration ultérieure de la collectivité à un autre EPCI rencontre sa désapprobation, l'amenant à saisir l'ordre juridictionnel administratif. La Cour administrative d'appel de Nantes rejette sa requête contre l'arrêté préfectoral prononçant l'extension.

Le Conseil d'État, saisi d'un pourvoi contre l'arrêt, confirme tout d'abord que la délibération de la commune a été jugée à juste titre par les magistrats nantais comme ne constituant pas une réponse expresse, eu égard à ses termes, n'adoptant « aucune position claire parmi les deux possibilités d'adhésion étudiées et (subordonnant) son choix à une plus ample information sur ses conséquences financières ».

La Haute juridiction administrative en vient à donner quelques enseignements sur le déroulement de la procédure d'extension.

EXTRAIT

« Considérant en troisième lieu qu'il résulte des termes de l'article L. 5211-18 du Code général des collectivités territoriales que le législateur, afin de favoriser le développement des structures intercommunales, a entendu encadrer dans des délais fermes le déroulement de la procédure de consultation des conseils municipaux des communes concernées par l'extension du périmètre d'un établissement public de coopération intercommunale qu'il instituait et a prévu à cet effet qu'à défaut de délibération dans ce délai, l'avis de la commune était réputé favorable au projet d'extension qui lui était soumis ; qu'il résulte de ces dispositions que, si le conseil municipal peut toujours, dans le délai de trois mois prévu à l'article L. 5211-18, revenir sur un avis qu'il aurait déjà exprimé, en revanche, une éventuelle délibération postérieure à l'expiration de ce délai constituerait seulement un élément d'appréciation susceptible d'être pris en considération par le préfet pour prononcer ou non l'extension du périmètre sur laquelle les communes et l'établissement de coopération intercommunale ont déjà, tacitement ou non, exprimé leur avis ».

OBSERVATIONS

Le développement de l'intercommunalité, renforcée par d'éventuelles intégrations contraintes dans un EPCI, s'articule autour du représentant de l'État dans le département, au pouvoir discrétionnaire toujours réitéré (voir Bourdon J., *Le préfet, le juge et la fixation du périmètre d'un EPCI*, RGCT 1999, p. 483). L'arrêt du 2 mars 2007 limite au strict minimum l'effet d'une délibération d'une commune intervenant après le délai de trois mois imparti pour statuer sur l'extension du périmètre : il

reviendra au préfet, arbitre de la procédure, d'en tenir éventuellement compte pour décider de l'opportunité de l'extension. ❖

CE, 2 mars 2007, n° 284704, Commune de Saint-Brandan, à publier aux tables du Recueil

Lamy Droit public des affaires, n° 375, n° 608

Les opérateurs locaux : les sociétés d'économie mixte locales

Une concession d'aménagement qualifiée de marchés publics de travaux

La Cour de justice des Communautés européennes estime contraire au droit communautaire la procédure de passation d'une concession d'aménagement ancien régime, identifiée en l'espèce comme un marché de travaux.

Une convention passée entre une société d'économie mixte et une commune pour la réalisation d'un équipement immobilier a été qualifiée de marché de travaux par les juges de Luxembourg dans un arrêt du 18 janvier 2007.

Sur cet arrêt, nous invitons le lecteur à se reporter dans le présent Bulletin à l'étude de Maître Fornacciari (*Fornacciari M., Les concessions d'aménagement sont-elles condamnées ?*, Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, 2007, A) ❖

CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Auroux c/Commune de Roanne et autres, JOUE 10 mars, n° C 56

Lamy Droit public des affaires, n° 920

Les principes fondamentaux du service public

Précision sur l'identification d'une personne privée gestionnaire d'une mission de service public

L'absence de prérogative de puissance publique n'est pas rédhibitoire quant à la reconnaissance de la mission de service public assurée par une personne privée, ainsi qu'en décide expressément le Conseil d'État le 22 février 2007.

Une demande de communication de certains documents détenus par un centre d'aide par le travail amène la juridiction administrative à statuer sur la nature des missions confiées à ce type d'entité. Pour en venir à déterminer sa soumission à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 lui imposant la communication des documents administratifs émanant d'elle, le Conseil d'État alloue une analyse dans un considérant empreint de pédagogie.

EXTRAIT

« Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées

ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ».

Le législateur a selon les juges du Palais royal entendu exclure la qualification de service public la mission d'intérêt général assurée par ces centres, si bien qu'elle est finalement éludée par la Haute juridiction.

OBSERVATIONS

La méthodologie d'identification d'une mission de service public assurée par une personne privée vient trouver une formalisation particulièrement claire. Mlle Vérot, commissaire du gouvernement dans cette affaire, a ainsi proposé que soit expressément abandonnée l'exigence de prérogative de puissance reconnue aux personnes privées, condition parfois avancée comme nécessaire par la doctrine et affleurant de temps à autre dans certaines décisions juridictionnelles. Elle s'intègre selon l'arrêt du 22 février 2007 dans le faisceau d'indices révélateur, en cas de silence du législateur, de l'existence d'une telle mission. On y note l'apparition du contrôle a posteriori de l'atteinte des objectifs fixés, jusqu'alors non formalisé dans la jurisprudence administrative. ❖

CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, à publier au Recueil

Lamy Droit public des affaires, n° 1039

Le droit public de la concurrence Compétence du Conseil de la concurrence et position d'autorités ordinales

L'envoi par des autorités ordinales de leur position sur l'appartenance de certains actes aux monopoles des chirurgiens-dentistes ne peut être rattaché à l'exercice de prérogative de puissance publique, tombant dès lors sous la compétence du Conseil de la concurrence.

La chambre commerciale de la Cour de cassation se trouve saisie d'une affaire illustrant les limites des compétences juridictionnelles.

En l'espèce, le Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes Puy de Dôme a diffusé une lettre-circulaire aux responsables de maisons de retraite pour les conduire à refuser à un prothésiste-dentaire la proposition de ses services aux résidents : le Conseil départemental y a avancé que le nettoyage des prothèses dentaires devrait être prescrit par un chirurgien-dentiste. Le Conseil de la concurrence a sanctionné Conseil départemental et Conseil national des chirurgiens-dentistes (ce dernier ayant soutenu publiquement le premier) pour entente (*Cons. conc., déc. n° 05-D-43, 20 juill. 2005, Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, BOCCRF 14 mars 2006, p. 311*). Faute d'avoir trouvé un accueil favorable devant la Cour d'appel de Paris, les deux conseils se sont tournés devant la Cour de cassation. La juridiction judiciaire affirme en l'espèce la compétence du Conseil de la concurrence.

EXTRAIT

« Mais attendu que l'arrêt relève que, par leurs courriers respectifs, le Conseil départemental et le Conseil national se sont livrés à une interprétation de la législation applicable à leur activité en prenant position sur un point de technique médicale sous une forme qui ne pouvait en aucun cas être considérée comme un simple avis et que l'envoi et la diffusion de tels courriers par leurs auteurs ne sont pas susceptibles de se rattacher à l'exercice de prérogatives de puissance publique dans le cadre de l'accomplissement de la mission de service public qui leur est confiée en tant qu'ordres professionnels, de sorte que ces derniers sont sortis de leur mission et sont corrélativement entrés dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce ; qu'en l'état de ces constatations et

énonciations, la cour d'appel, qui a ainsi répondu aux conclusions prétendument délaissées, a légalement justifié sa décision, abstraction faite des motifs argués de dénaturation ».

OBSERVATIONS

Prendre position en qualifiant une pratique de contraire à la réglementation peut être risqué pour une institution ordinaire. La Cour de cassation a déjà confirmé l'arrêt d'appel selon lequel la Conseil de la concurrence était bien compétent pour sanctionner l'autorité ordinaire qui « ne se borne pas à rappeler les mérites de la dispensation des médicaments à l'officine et à mettre en garde les pharmaciens qui souhaiteraient organiser un service de portage au domicile du patient et n'émet pas une simple opinion soumise à la réflexion et au débat, mais se prononce sur la régularité d'une telle pratique, estimée illégale, et formule son opposition à celle-ci » (*Cass. com.*, 16 mai 2000, n° 98-12.612, *Bull. civ. IV*, n° 100, p. 89, *Cah. D. aff. 2000, act. jur.*, p. 298, *obs. Marmontel A.*, *RJDA 2000*, n° 12, n° 1171, *Rev. Lamy dr. aff. 2000*, n° 1888).

Le rejet du pourvoi par la chambre commerciale dans sa décision du 20 février 2007 confirme donc la compétence judiciaire sur ces agissements et la prudence nécessaire aux responsables des ordres sanitaires dans leurs interventions fondées sur le rappel de la légalité. ✦

Cass. com., 20 févr. 2007, n° 06-13.498

→ *Lamy Droit public des affaires*, n° 1192

Légalité et responsabilité des interventions économiques publiques

Nouvelle cause de responsabilité de l'État du fait des lois

La responsabilité du fait d'une loi méconnaissant un engagement international est admise par le Conseil d'État statuant le 8 février 2007 en assemblée.

Un chirurgien-dentiste a saisi un tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) compétent pour y porter un litige concernant le paiement des cotisations prévues par le décret n° 85-283 du 27 février 1985 relatif au régime d'assurance vieillesse complémentaire géré par sa caisse de retraite. Une loi du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale a validé, sous réserve des décisions de justice devenues définitives, les appels de cotisations du régime d'assurance vieillesse complémentaire des chirurgiens-dentistes effectués en application du décret du 27 février 1985. Voyant son recours rejeté par le TASS, le requérant s'est tourné vers la juridiction administrative pour obtenir indemnisation de son préjudice.

Finalelement saisi de l'affaire après un rejet par la cour administrative d'appel, le Conseil d'État identifie un fondement susceptible de donner satisfaction à l'action indemnitaire formée par le demandeur. Rappelant les conditions d'engagement de la responsabilité publique sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, la Haute juridiction innove en ouvrant une nouvelle occurrence d'indemnisation.

EXTRAIT

« Considérant que la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés, d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ».

Constatant que la loi de validation avait été prise en contradiction avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faute de motif d'intérêt général impérieux, le Conseil d'État fait droit lors de l'évocation de l'affaire à la demande indemnitaire portée devant lui sur ce nouveau fondement.

OBSERVATIONS

Monsieur Luc Derepas, commissaire du gouvernement dans cette affaire, a proposé une solution nouvelle, échappant au dualisme traditionnel de la responsabilité administrative, hors les responsabilités pour faute et sans faute. La rédaction de l'arrêt du 8 février 2007 suit ses conclusions, une « troisième voie » étant ouverte par l'assemblée du contentieux. ✦

CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardiedieu*, à publier au *Recueil*

→ *Lamy Droit public des affaires*, n° 1281

Notion d'influence déterminante en matière de concentration dans le secteur de la presse

Le Conseil d'État annule une décision ministérielle autorisant une concentration, l'invitant à améliorer son analyse des effets anticoncurrentiels de l'opération.

Une opération de concentration dans le secteur de la presse a obtenu l'autorisation en date du 17 mai 2006 du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie sur le fondement de l'article L. 430-4 du Code de commerce. Elle consistait en l'acquisition par une société nouvellement créée, la société Est Bourgogne Rhône Alpes (EBRA), par la SA « Le Journal L'Est Républicain » et la SA Banque fédérative du Crédit mutuel (BFCM), d'une autre société, SA Delaroche, exploitant cinq titres de presse quotidienne régionale. Un concurrent a sollicité du Conseil

d'État l'annulation de l'autorisation. Deux éléments ressortent du débat contentieux porté devant la Haute juridiction. Tout d'abord, une difficulté relative à l'applicabilité du droit de la concurrence s'est posée. La loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse comporte un article 11 qui prohibe certaines concentrations au nom du pluralisme dans ce secteur économique. Le Conseil d'État estime qu'elle n'écarte pas la réglementation de droit commun des concentrations.

EXTRAIT

« Que (l'article 11 de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 a) pour objet de garantir le pluralisme des courants de pensée et d'opinion, qui est l'une des composantes de la liberté de la presse ; qu'elles s'appliquent indépendamment de celles édictées ultérieurement par l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 puis reprises à l'article L. 410-1 du Code de commerce, qui définissent, afin de préserver les intérêts économiques des consommateurs en prévenant les atteintes à la concurrence, un régime de contrôle des concentrations dont elles précisent qu'il concerne "toutes les activités de production, de distribution et de services (...)" ».

Le Conseil d'État en vient ensuite à analyser la position arrêtée par le ministre par rapport au droit commun des concentrations. À été retenue par l'autorité administrative l'influence de la seule SA « *Le Journal L'Est Républicain* » sur la SA Delaroche, dans la mesure où elle détenait une part majoritaire du capital de la société EBRA. Dès lors, les seuls risques anticoncurrentiels analysés ont été ceux générés par la réunion en une seule main des journaux publiés par ces deux sociétés. La Haute juridiction administrative censure la position ministérielle ayant refusé de constater l'influence exercée par BFCM. Celle-ci, en

vertu des statuts de la société EBRA, disposait d'un pouvoir de veto concernant la nomination des membres du directoire. En outre, BFCM avait financé l'acquisition de la SA Delaroche : sa « *situation de prêteur confort(ait) son pouvoir d'influence sur les décisions stratégiques de (la société EBRA)* ». L'influence de BFCM aurait dû être prise en compte, les risques concurrentiels liés à sa détention de titres de presses par le biais d'une autre société n'étant dès lors pas, à tort, retenus. Enfin, le risque de « *coordination tacite* » entre les deux actionnaires de la société EBRA sur leur propre titre de presse aurait également dû faire l'objet d'une prise en compte.

OBSERVATIONS

Ainsi qu'en décident les juges du Palais royal, le pluralisme dans le secteur de la presse est défendu par le droit général de la concurrence, probablement avec plus d'efficacité que la loi dite « *Hersant* ». Le Conseil d'État avait déjà examiné avec une grande précision certaines opérations de concentrations pour en venir à constater l'existence d'une influence déterminante exercée par une entreprise (voir par exemple, CE, 11 juill. 2001, n° 222039, *Syndicat CGT de la société Clemessy*, Dr. adm. 2001, comm. 209). La prise en considération dans l'arrêt du 31 janvier 2007 du droit des sociétés et du financement impose dès lors un travail méticuleux au ministre arbitrant les concentrations. ❖

CE, sect., 31 janv. 2007, n° 294896, *Société France Antilles*, à paraître au Recueil

Lamy Droit public des affaires, n° 1399

Les principes d'unité, d'indivisibilité et d'aménagement du territoire

Création des bassins d'emplois à redynamiser

La loi de finances rectificative pour 2006 insère un nouveau zonage favorable à l'implantation des entreprises pour la période 2007-2011

Le déclin économique et démographique de certaines zones industrielles a conduit les parlementaires à proposer l'insertion d'un nouveau type de zone où les entreprises s'y créant puissent bénéficier d'avantages fiscaux et sociaux. La procédure d'adoption de la loi de finances rectificative pour 2006 a ainsi offert la possibilité d'introduire un amendement proposant la création des Bassins d'emplois à redynamiser (BER), inséré dans l'article 42 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

Désignés par acte du pouvoir réglementaire, les zones éligibles sont les territoires dans lesquels la majorité des actifs résident et travaillent et qui recouvrent en 2006 les zones caractérisées par : un taux de chômage au 30 juin 2006 supérieur de trois points au taux national ; une variation annuelle moyenne négative de la population entre les deux derniers recensements connus supérieure en valeur absolue à 0,15 % ; une variation annuelle moyenne négative de l'emploi total entre 2000 et 2004 supérieure en valeur absolue à 0,75 %.

Les modalités d'exonération de l'impôt sur les sociétés ou sur le revenu sont déterminées par le nouvel article 44 *dudodécies* du Code général des impôts : on relèvera que seule la poursuite de certaines activités ouvre droit à l'exonération (industrielles, commerciales ou artisanales). Une exo-

nération de l'imposition forfaitaire annuelle est de même prévue au nouvel *alinéa 4 de l'article 223 nonies du Code général des impôts*. Des exonérations de principe des taxes foncière et professionnelles sont respectivement prévues dans les conditions des nouveaux *article 1383 H du Code général des impôts* et *article 1466 A du Code général des impôts*. À noter que la collectivité ou l'établissement public de coopération intercommunale doté d'une fiscalité propre concerné pourra s'opposer à une telle exonération, une délibération devant alors être prise dans le délai de 60 jours suivant la publication du texte réglementaire sélectionnant les BER. On remarquera enfin que la conformité au droit communautaire et aux règlements sectoriels est prise en compte, le système adopté ayant été notifié à la Commission européenne et demeurant en attente de son autorisation (sur ce nouveau dispositif, voir *Les Nouvelles fiscales*, n° 972, p. 8). ❖

L. fin. rect. n° 2006-1771, 30 déc. 2006, JO 31 déc., art. 130

Lamy Droit public des affaires, n° 1428

↓ CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

Les différentes procédures de passation des marchés publics

Complément d'information des candidats à un marché public

Le Conseil d'État refuse de constater l'illégalité de la procédure de passation d'un marché de prestations de services juridiques, estimant notamment que l'information relative au mode de tarification peut être fournie *in fine*.

Le Syndicat des transports d'Ile-de-France (STIF) a fait paraître un avis d'appel public à la concurrence au Bulletin officiel des annonces des marchés public

(BOAMP) pour l'attribution d'un marché d'assistance et de conseil juridique, au montant fixé entre 100 000 et 400 000 euros. Saisi par une association d'avocats, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a suspendu la procédure de passation du marché, au motif que « le syndicat n'avait pas indiqué d'emblée dans les documents initiaux de la consultation les modalités selon lesquelles les tarifs d'honoraires devaient être indiqués ».

Le Conseil d'État, dans sa décision du 22 janvier 2007, estime que le premier juge a commis une erreur de droit, faute d'avoir recherché si « cette omission avait pu être compensée par des compléments d'information ultérieurement apportés à ce dossier en cours de consultation ». Dès lors, évoquant l'affaire, la Haute juridiction administrative est conduite à apprécier, dans le cadre du marché passé selon une procédure adaptée, si le mode de publicité était adéquat.

EXTRAIT

« Considérant que le Syndicat des transports d'Ile-de-France a assuré une publicité suffisante au regard des prescriptions de l'article 30 du Code des marchés publics en publiant un avis d'appel public à la concurrence au Bulletin officiel des annonces des marchés public ; que compte tenu notamment du prix et de la durée du marché en cause, il n'était pas tenu de faire paraître un avis d'appel public à la concurrence au Journal officiel de l'Union européenne ».

Le débat contentieux porte par la suite sur la licéité de la compensation de l'information apportée sur le mode de calcul des tarifs à retenir pour les soumissionnaires au marché. Cet élément ne constituant pas une caractéristique principale du marché, il n'avait pas à être mentionné dans l'avis publié au BOAMP. Ce dernier précisant les coordonnées de la personne responsable du marché et les caractéristiques principales du marché, les candidats pouvaient en effet la solliciter pour obtenir les docu-

ments de la consultation. De plus, si ces derniers s'avéraient incomplets quant au mode de tarification, le Conseil d'État n'en censure pas pour autant la procédure de passation.

EXTRAIT

« (...) que le Syndicat des transports d'Ile-de-France n'était pas tenu d'indiquer dans les documents de la consultation si les montants des honoraires devaient être exprimés en tarifs horaires, journaliers ou forfaitaires quand bien même les honoraires constituaient-ils le deuxième critère de sélection des offres, dans la mesure où l'absence de cette précision n'était susceptible ni de nuire à l'égalité entre les candidats, ni d'empêcher la comparabilité des offres ».

Dans la mesure où la précision sur cette information a été apportée par courrier électronique, communiqué « à l'ensemble des personnes qui avaient demandé un dossier pour déposer leur candidature », le Conseil d'État rejette donc la requête de l'association d'avocats.

OBSERVATIONS

Le présent arrêt illustre in concreto la jurisprudence « Nord-Pas-de-Calais » (CE, 7 oct. 2005, n° 278732, Région Nord-Pas-de-Calais, CP-ACCP 2005, p. 76, note Hourcabe A. et Tabouis A.) : déterminer le niveau de publicité adéquate est un travail délicat car opéré sous le contrôle du juge administratif ; en l'espèce, la publication au BOAMP était suffisante. La décision du 22 janvier 2007 consacre en outre une plasticité certaine de la procédure de passation concernant la diffusion des informations dépassant les « caractéristiques principales » d'un marché. L'essentiel réside ici dans leur communication respectueuse de l'égalité entre candidats, ce qui octroie une certaine marge de manœuvre au pouvoir adjudicataire en la matière. ❖

CE, 22 janv. 2007, n° 294290, Syndicat des transports d'Ile-de-France, Inédit

Lamy Droit public des affaires, n° 2529

Exécution administrative

Identification de la personne responsable du marché en cas de maîtrise d'ouvrage déléguée

Le Conseil d'État désigne le représentant du maître d'ouvrage délégué ou son délégué comme personne responsable du marché compétente pour signer le décompte général d'un marché de travaux.

La société Baudin-Châteauneuf, membre d'un groupement conjoint titulaire de plusieurs lots portant sur le gros-œuvre étendu d'une opération de construction d'un ensemble immobilier à Lille, demande devant la juridiction administrative le paiement de sommes qu'elle estime lui être due par une commune, maître d'ouvrage, et son maître d'ouvrage délégué. La Cour administrative d'appel de Douai s'est refusée à lui accorder les sommes sollicitées, si bien que la société s'est tournée vers le Conseil d'État.

La Haute juridiction administrative en vient à préciser dans le cadre de ce contentieux indemnitaire quel intervenant doit être regardé comme la personne responsable du marché, ainsi habilitée pour signer le décompte général d'un marché de travaux.

EXTRAIT

« (...) qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions et stipulations que, lorsqu'au nombre des attributions du mandataire désigné par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues par les articles 3 et suivants de la loi du 12 juillet 1985 figure la gestion du contrat de travaux, le représentant légal du maître d'ouvrage délégué ou la personne physique désignée par celui-ci pour le représenter dans l'exécution du marché doit, pour l'application (du 42

de l'article 13) du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, et sauf clause contraire du contrat, être regardé comme la personne responsable du marché ». ❖

CE, 26 janv. 2007, n° 256819, Sté Baudin-Châteauneuf, à paraître aux tables du Recueil

Lamy Droit public des affaires. n° 2820

La procédure de sélection du délégataire

Information de l'organe délibérant sur les éléments essentiels d'une délégation de service public

Le Conseil d'État met en lumière les éléments sur lesquels un conseil municipal doit se prononcer lors de l'habilitation du maire à conclure une délégation de service public.

Un contentieux relatif la passation d'une concession de service extérieur des pompes funèbres offre à la juridiction administrative suprême l'occasion d'énoncer les éléments nécessaires au vote en connaissance de cause de l'habilitation par le conseil municipal du maire à conclure une telle convention. Saisi en interprétation de la validité de la convention par une juridiction judiciaire, les juges administratifs du fond ont déclaré le contrat illégal, décision contre laquelle la société finalement sélectionnée et la personne publique ont interjeté appel. Les juges du Palais royal mettent en exergue la méconnaissance des éléments essentiels par le conseil municipal lors de son vote de la délibération décidant d'habilité le maire à procéder à la passation de cette concession

EXTRAIT

« (Considérant que le maire) ne peut davantage, en dehors des cas limitativement énumérés à l'article (L. 2122-22 du Code général des

collectivités territoriales) déléguer au maire le pouvoir qui lui appartient exclusivement de décider d'obliger la commune ; qu'ainsi, lorsqu'il entend autoriser le maire à souscrire une telle convention, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment l'objet précis de celui-ci ainsi que les éléments financiers exacts et l'identité de son attributaire ».

En l'espèce, l'organe délibérant de la collectivité ne s'est pas prononcé, faute de les connaître, ni sur les éléments financiers de la convention, ni sur l'identité du concessionnaire et ne pouvait, « sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, de se prononcer sur l'identité et l'offre du concessionnaire retenu à la fin de la procédure de consultation et, éventuellement, d'exercer son droit d'abandonner, pour un motif d'intérêt général, la procédure engagée ».

OBSERVATIONS

L'information préalable du conseil municipal avait déjà été mise en exergue dans l'affaire « Commune de Montélimar » (CE, 13 oct. 2004, n° 254007, Commune de Montélimar, AJDA 2004, p. 1900, obs. Brondel S., Contrats marchés publics 2004, n° 11, p. 6, concl. Casas D., et p. 18, note Eckert G., CP-ACCP n° 38, nov. 2004, p. 28, note Berbari M.) Durée de location et régime juridique applicable à la convention d'un bail rural devaient de même faire l'objet d'une telle information (CE, 5 déc. 2005, n° 270948, Commune de Pontoy, JCP A 2006, n° 1009, concl. Glaser E.), ainsi que certains éléments essentiels d'une transaction, à savoir la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques consenties (CE, 11 sept. 2006, n° 255273, Commune de Théoule-sur-mer, Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, 2006, n° 106, RLCT 2006/18, n° 521, note Glaser E.).

Le Conseil d'État décline dans son arrêt du 10 janvier sa jurisprudence aux délégations de service public et condamne les délégations a priori trop floues aux exécutifs

municipaux. Si la compétence de l'organe délibérant apparaît préservée, les contraintes ainsi énoncées à une délégation doivent être intégrées dans la passation de telles conventions. ❖

CE, 10 janv. 2007, n°s 284063 et 284299, Société Pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon et autre, à publier aux tables du Recueil

Lamy Droit public des affaires, n° 3374

↓ PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

Les garanties juridiques

Déclassement anticipé d'un bien du domaine public : le plafond temporel précisé en cas de cession

Le gouvernement a édicté par décret du 20 février 2007 un délai de trois ans séparant le déclassement d'une désaffectation d'un bien du domaine public artificiel de l'État ou de ses établissements publics.

L'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 instituant le Code général de la propriété des personnes publiques a ouvert la possibilité de déclassement anticipé de biens du domaine public artificiel de l'État ou de ses établissements publics. Cette entorse au principe d'inaliénabilité s'entend dans les limites fixées par l'article L. 2141-2 de ce code : le déclassement peut être prononcé « *dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement* ».

Ainsi que le présente le rapport fait au président de la République sur ce texte, cette disposition a pour but de faciliter « *la réalisation des opérations de cession des immeubles de l'État et de ses établissements publics (...) en permettant qu'elles portent sur des immeubles qui ne sont pas libérés par leurs services occupants, dès lors que de telles ces-*

sions seront résolues de plein droit si la désaffectation de l'immeuble n'est pas intervenue dans un délai fixé par la décision de déclassement » (Rapp., NOR : ECOX0400219P, relatif à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques).

Le décret n° 2007-229 du 20 février 2007 satisfait en matière de cession à une précision demandée au pouvoir réglementaire. Ce dernier devait en effet apporter une mesure d'application à l'article du Code général de la propriété des personnes publiques précité, lequel exige la détermination d'un délai, à l'échéance duquel la désaffectation doit être effective. A été finalement opté pour une durée triennale (correspondant au plafond maximal fixé par le texte législatif), à l'échéance de laquelle, on le rappelle, l'acte de vente sera résolu faute de désaffectation, une stipulation en ce sens devant y être insérée (CGPPP, art. L. 2141-2, in fine). ❖

D. n° 2007-229, 20 févr. 2007, JO 22 févr.

Lamy Droit public des affaires, n° 4605

↓ CONTENTIEUX PUBLIC

Le règlement non juridictionnel des litiges administratifs La réforme de l'arbitrage stoppée au Conseil constitutionnel

Censuré par le Conseil constitutionnel, l'article 40 de la loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, issu d'un amendement gouvernemental, devait autoriser la prise d'ordonnance pour réformer le recours à l'arbitrage par les personnes publiques.

La réforme du recours à l'arbitrage par les personnes morales de droit public avait pu trouver place dans les travaux par-

lementaires de la fin de la XII^e législature. Un amendement gouvernemental dans la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a proposé d'autoriser le gouvernement à prendre des ordonnances réformant cette matière.

EXTRAIT

« Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour : 1° Définir les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public peuvent faire appel à l'arbitrage dans le cadre de litiges autres que ceux relatifs à la légalité d'actes administratifs unilatéraux ; 2° En ce qui concerne les litiges relevant de la compétence des juridictions administratives, fixer les règles relatives à la procédure arbitrale et aux voies de recours ainsi qu'à l'exécution ; 3° Modifier les dispositions législatives en vigueur permettant à certaines personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage pour les rendre compatibles ou assurer leur articulation avec les nouvelles règles d'application générale et, si ces textes sont devenus inutiles, les abroger.

L'ordonnance doit être prise dans un délai de deux mois suivant la publication de la présente loi. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de sa publication ».

De l'aveu même des parlementaires, l'insertion d'une telle autorisation ne correspondait pas nécessairement à l'objet de la loi : M. Charles Gautier relevait, lors des débats à l'Assemblée nationale, l'importance d'une mesure adoptée concomitamment, « *en dehors du fait qu'il s'agit là du premier des cavaliers déposés par le gouvernement, cavaliers qui surgissent "en toute transparence" à un moment où nul ne les attendait* » (JOAN CR 15 févr. 2007, p. 1676).

Le passage au Conseil constitutionnel a été fatal pour cet article. La censure n'a pas ►

manquée d'être prononcé dans la décision du 1^{er} mars 2007 (*Cons. const., 1^{er} mars 2007, n° 2007-552 DC*), l'amendement étant vu comme « *dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie* ».

La fin de session parlementaire approchant, il reste désormais à attendre l'ouverture d'une fenêtre permettant une introduction de cette réforme plus conforme aux canons du travail législatif (sur l'évolution de l'arbitrage, voir *Braconnier S., Arbitrage et contrats publics d'affaires : vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité, Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, 2005, H*). ❖

Cons. const., 1^{er} mars 2007, n° 2007-552 DC

Lamy Droit public des affaires, n° 4943

Les référés administratifs

Urgence et dissémination d'OGM

Le Conseil d'État délivre dans un arrêt du 9 février 2007 son analyse quant à l'urgence à suspendre une autorisation ministérielle de pratiquer la dissémination volontaire de maïs génétiquement modifié dans le cadre d'un programme expérimental.

La dissémination volontaire pratiquée sous certaines conditions de sécurité ne crée pas de situation d'urgence justifiant la suspension des effets de l'autorisation ministérielle l'autorisant.

C'est la conclusion à laquelle l'on parvient à la lecture de la décision du Conseil d'État du 9 février 2007.

En l'espèce, une confédération a sollicité la suspension d'une telle autorisation devant le juge du référé-suspension (*C. just. adm., art. L. 521-1*), le Tribunal administratif de Pau donnant satisfaction au requérant le 10 juillet 2006. Le ministre de l'Agriculture, qui l'a accordée, s'est tourné vers le Conseil d'État.

La Haute juridiction administrative constate l'absence d'une situation d'urgence justifiant une suspension. Certains éléments ont ainsi pesé pour en venir à ce bilan : un avis circonstancié de la commission du génie biomoléculaire a conclu à l'absence de risque pour la santé et l'environnement en l'état actuel des connaissances scientifiques ; l'existence de mesures de suivi des essais et de prévention, allant au-delà de celles préconisées par la commission du génie biomoléculaire s'agissant des règles d'isolement des parcelles en cause ; les rapports scientifiques du bénéficiaire de l'autorisation, non sérieusement contredits, attestant de l'absence d'effet indésirable lié à ces disséminations volontaires ; le caractère territorialement limité et isolé de l'expérimentation.

A noter qu'un intérêt public a semble-t-il été pris en compte par le Conseil d'État, la poursuite des expérimentations en vue de progression de la filière agricole et de diminution de ses effets polluants, faute de contestation sur son existence.

EXTRAIT

« **Considérant, enfin, que le ministre de l'Agriculture soutient, sans être sérieusement contredit, que la poursuite des expérimentations en cause présente un intérêt public dans la mesure où elles tendent au développement de cultures de maïs de nature à assurer une meilleure compétitivité de la filière agricole concernée et à limiter l'emploi des insecticides et herbicides** ».

OBSERVATIONS

Le débat contentieux sur l'existence du risque pour la santé et l'environnement

vient donc dans l'arrêt du 9 février 2007 à se déplacer sous le prisme de l'urgence de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Son appréciation aurait tout aussi bien pu être approchée à travers celle de l'existence d'un doute sérieux affectant la décision attaquée. On remarquera que l'existence d'un intérêt public mêlant progrès économique et protection environnementale future a été reconnue faute de contradiction sérieuse. Sa démonstration relève donc, selon la rédaction de la décision, des parties sans que le juge n'intervienne pour vérifier qu'elle répond à la définition d'intérêt public. ❖

CE, 9 févr. 2007, n° 295918, Confédération paysanne du Gers, à mentionner aux tables du Recueil

Lamy Droit public des affaires, n° 4965

Les recours en responsabilité

Taux d'intérêt légal pour 2007

Le décret n° 2007-217 du 19 février 2007 fixe pour 2007 à 2,95 % le taux d'intérêt légal.

Conformément aux dispositions de l'article L. 313-2 du Code monétaire et financier, « Le taux de l'intérêt légal est, en toute matière, fixé par décret pour la durée de l'année civile ». Il atteint cette année 2007-2,95 %.

À noter que le Minéfi accompagne sur son site la publication de ce décret par une fiche pratique (fiche disponible à l'adresse < www.colloc.minefi.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/taux_appl.html >) qui rappelle les conséquences sur le calcul du taux des intérêts moratoires applicable en matière de marché public se référant au taux d'intérêt légal : il se monte pour l'année 2007 à 4,95 %. ❖

D. n° 2007-217, 19 févr. 2007, JO 21 févr.

Lamy Droit public des affaires, n° 5276

PRATIQUE

Certificat de qualification dans le Code des marchés publics 2006

Les certificats de qualification des candidats à un marché public connaissent un nouveau développement dans le Code des marchés issu du décret du 1^{er} août 2006. Un document mis en ligne par les principales entreprises de qualification, parrainé entre autres par l'Association des maires de France, résume l'intérêt de la prise en compte de cette certification, dont la démonstration peut sous certaines conditions être exigée par les pouvoirs adjudicateurs (L'exigence d'un certificat de qualification, disponible sur le site <www.qualientreprises.com>).

Nouvelles propositions pour favoriser l'accès à la commande publique des PME innovantes

Le Comité Richelieu, association française des petites et moyennes entreprises (PME) de haute technologie, a déposé son rapport au ministre des Petites et moyennes entreprises, du Commerce, de l'Artisanat et des Professions libérales, y présentant ses propositions visant à encourager l'accès aux marchés publics des PME offrant des prestations innovantes.

Analysant les normes internationales et communautaires applicables en la matière, le rapport tente d'exploiter les solutions compatibles de modifications du droit français.

Sont ainsi avancées des propositions de modifications du Code des marchés publics consistant en l'obligation d'attribuer certains petits marchés aux PME innovantes ou à les favoriser en cadre d'offre égale. Des obligations quantitatives de sous-traitance à ces PME pourraient de même être permises par une modification du Code des marchés publics. Les critères d'attribution des marchés pourraient également être empreints de mesures de faveur, avec la reprise en compte nouvelle, comme il peut l'être fait en matière de contrats de partenariat, de la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

Enfin, de *lege lata*, le rapport appelle à une incitation ministérielle vers les PME innovantes menée par une circulaire : y serait mise en exergue l'admission plus large des variantes dans les offres du candidat à un marché ; favoriser le caractère innovant de l'offre parmi les critères d'attribution en prévoyant une pondération en ce sens devrait être mis plus avant par l'intervention ministérielle ; fixer un objectif d'augmentation de la part des PME dans la commande publique permettrait d'instaurer une dynamique dans les services acheteurs de l'État (Comité Richelieu, 14 mars 2007, Accès des PME innovantes aux marchés publics, disponible sur le site du Comité Richelieu : <www.comite-richelieu.org>).

Sommaire récapitulatif

Le sommaire ci-dessous recense les articles de votre Lamy droit public des affaires – 2007 qui ont fait l'objet d'une mise à jour. Ces articles sont identifiés par leur numéro et suivis de la référence du ou des Bulletins d'Actualité (A, B, C ...) qui les ont modifiés.

INTERVENTIONS PUBLIQUES

- Les intercommunalités
375-A, 608-A
- Les opérateurs locaux : les sociétés d'économie mixte locales
920-A
- Les principes fondamentaux du service public
1039-A
- Le droit public de la concurrence
1192-A
- Légalité et responsabilité des interventions économiques publiques
1281-A, 1399-A

- Les principes d'unité, d'indivisibilité et d'aménagement du territoire
1428-A

CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

- Les différentes procédures de passation des marchés publics
2529-A
- Exécution administrative
2820-A
- La procédure de sélection du délégataire
3374-A

PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

- Les garanties juridiques
4605-A

CONTENTIEUX PUBLIC

- Le règlement non juridictionnel des litiges administratifs
4943-A
- Les référés administratifs
4965-A
- Les recours en responsabilité
5276-A



Wolters Kluwer
France

LAMY DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

Président-Directeur Général / Directeur de la publication

Jean-Paul NOVELLA - Rédacteur en chef : Bertrand LEGROS

Réalisation : P.A.O. - Veronique DAVIER

Edité par LAMY S.A.

siège social : 11 rue Eugène et Armand Peugeot 92856

Rueil-Malmaison cedex

N° Indigo : 0 825 08 08 00 - Fax : 01 76 73 48 09

Capital de 1 800 000 € - RCS Nanterre 305 254 161

Principaux actionnaires : Wolters Kluwer France - Groupe Liaisons

SA - Wolters Kluwer International Holding

N° Commission paritaire : 0507/177578 - Dépot légal

parution - N° ISSN : 1279-8457

Prix de l'abonnement : 581,31 € TTC - Périodicité : mensuelle

Imprimerie : Delcambre, 45 rue Belzly, 92500 Pantin

Le Lamy droit public des affaires et son bulletin Lamy Droit public

des affaires *Actualités* sont indissociables.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce

soit des pages publiées dans la présente publication faite sans autorisation de l'éditeur

est illégale et constitue une contrefaçon. Les noms et adresses de nos abonnés

sont communiqués aux services internes et externes. Les contacts relatifs à

publication ou opposition doivent dans tous les cas être adressés à

notre service abonnements conformément à l'article 10601173 de l'information. Il peut

donner lieu à l'exercice d'un droit de rétractation auprès de Lamy S.A.

Direction Commerciale