


class=" green-theme-structs" >



Olivier Caron et Alexandre Labetoule, avocats au barreau de Paris : « Le décret du 31 juillet 2006 relatif aux concessions d'aménagement n'est pas exempt d'ambiguïtés »

 29/08/2006

L'intervention du législateur à la suite du coup de tonnerre provoqué par l'arrêt Sogedis (1), nous avait laissé sur un sentiment d'inachevé, en l'absence de décret d'application précisant les obligations de publicité et de mise en concurrence désormais imposées aux collectivités territoriales et à leurs concessionnaires en matière d'aménagement. Olivier Caron et Alexandre Labetoule, avocats au barreau de Paris et fondateurs du réseau d'avocats CLL (2) créé en 2004, reviennent cette semaine sur la sortie tant attendue de ce décret.



achatpublic.info : Quelles réflexions vous inspire la sortie du décret du 31 juillet 2006 (3) ?

Alexandre Labetoule : Un sentiment mitigé. D'une part, on ne peut qu'être satisfait de disposer enfin d'un décret d'application de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, mais de l'autre, les imperfections rédactionnelles qu'il contient me laisser perplexe à bien des égards.

Olivier Caron : Ceci dit, même sur le premier point, il est difficile d'être entièrement satisfait à ce jour, en l'absence de publication de l'arrêté d'application fixant le modèle d'avis national. Espérons que, pour une fois, l'attente sera moins longue que celle à laquelle ont été habitués les acteurs de la commande publique...

achatpublic.info : Concrètement, qu'est-ce qui vous laisse perplexe ?

Olivier Caron : A première analyse, le décret semble reprendre la procédure organisée par la loi Sapin, ce qui correspondait d'ailleurs jusqu'à présent à la pratique des collectivités encouragées en cela par la circulaire de 2005 (4). Je pense au support, au contenu et au délai de publication de l'avis national. Je pense également à la commission ad hoc chargée d'émettre un avis préalablement à la phase de négociation.

Cependant, si l'on affine l'analyse, on observe des divergences importantes par rapport à la procédure prévue par la loi Sapin, qui constituent autant de zones d'ombre dans le nouveau dispositif à suivre.

achatpublic.info : A quelles zones d'ombre pensez-vous ?

Alexandre Labetoule : D'après le texte, la commission ad hoc doit émettre uniquement un avis sur « *les candidatures reçues préalablement à l'engagement des discussions* ». La formulation interroge. Doit-on comprendre qu'elle intervient au niveau de la sélection des candidatures ou au stade de l'examen des propositions des aménageurs ? Cette question soulève une seconde interrogation : y a-t-il une sélection des candidatures ?

Pour ma part, j'estime qu'en dépit de son ambiguïté, le texte prévoit une intervention de la commission au stade de l'examen des propositions des aménageurs, sachant néanmoins que selon les termes de l'article R. 300-7, le choix de l'aménageur s'opère « notamment » sur la base des capacités techniques et financières des candidats et de leur aptitude à conduire l'opération d'aménagement envisagée.

achatpublic.info : Est-ce à dire que ce choix ne prendrait pas obligatoirement en compte le projet présenté par les candidats ?

Alexandre Labetoule : On peut le penser selon la lettre du texte. Ce serait à la discrétion de la collectivité. Toutefois, si tel était le cas, quel serait l'intérêt de demander aux candidats de présenter une proposition, c'est-à-dire, concrètement, un projet d'aménagement correspondant aux besoins de la collectivité, dès lors que l'on ne choisirait pas les candidats au regard notamment de cette proposition ?

achatpublic.info : Avez-vous noté d'autres difficultés ?

Olivier Caron : Au-delà du seuil d'application des directives communautaires, le texte impose la publication d'un avis conforme à l'un des modèles du règlement CE du 7 septembre 2005.

A la lecture de l'arrêt *Sogedis*, il était permis de penser que, sous réserve d'assurer une publicité suffisante de l'opération d'aménagement, les collectivités pouvait renseigner librement l'avis sans être tenues de respecter les mentions de l'un des modèles prévus par le règlement CE.

Cette analyse est désormais balayée par le législateur qui renvoie à un modèle d'avis sans préciser lequel. Dans ces conditions, l'hésitation est permise entre l'avis relatif aux concessions de travaux publics et celui relatif aux marchés publics de travaux en raison de la conception extensive adoptée par la Cour de Luxembourg. Cependant, cette dernière qualification devrait être logiquement réservée à des cas limites où la collectivité supporte le risque financier de l'opération en rachetant les ouvrages non vendus par l'aménageur, ce qu'a d'ailleurs confirmé l'avocat général Juliane Kokott dans ses récentes conclusions sur l'arrêt *Commune de Roanne* (5). Or, dans ce cas, les dispositions du décret ne trouveraient pas à s'appliquer (cf. *a contrario* art. R. 300-11).

Alexandre Labetoule : La double procédure de passation prévue par le décret m'interroge plus particulièrement.

On va dire pour simplifier que le décret organise deux procédures distinctes : une procédure complète dans l'hypothèse où le projet est d'initiative publique et une procédure allégée réservée au cas où l'opération d'aménagement est d'initiative ou à tout le moins d'inspiration privée.

Cette procédure *a minima* visée à l'article R. 300-10 du code de l'urbanisme, exclut l'intervention de la commission *ad hoc* (art. R. 300-8) et la remise d'une proposition par chacun des candidats (art. R. 300-6) lorsque le projet ne repose pas sur une participation financière publique supérieure à 135.000 euros HT et lorsque le concessionnaire est déjà propriétaire de plus de 90% des terrains inclus dans le périmètre de l'opération d'aménagement.

La difficulté réside dans le fait qu'il existe tout de même une mise en concurrence (art. R.300-7), laquelle peut aboutir à retenir un aménageur qui ne dispose pas de la maîtrise foncière. Que doit-on faire dans cette hypothèse ? Recommencer la procédure, car le choix d'un autre aménageur que celui qui était pressenti devrait conduire en toute rigueur à l'exclusion de l'application de l'article R. 300-10 ? Ou bien retenir une interprétation téléologique du texte, en privilégiant la situation à la date de lancement de la procédure ; ce qui pourrait conduire cependant à des abus dans le choix de l'aménageur dans la mesure où il serait désigné uniquement sur la base de ses capacités techniques et financières et de son aptitude à conduire l'opération d'aménagement envisagée.

Olivier Caron : Ainsi, on pourrait imaginer un terrain appartenant à un aménageur mais attirant la convoitise d'un autre aménageur apportant des garanties supérieures à celles du premier...et qui serait alors désigné sans que les deux propositions respectives aient fait l'objet d'une réelle mise en concurrence.

Alexandre Labetoule : A moins de privilégier une interprétation littérale de l'article R. 300-7 selon laquelle le choix de l'aménageur pourrait se faire uniquement sur la base de ses capacités techniques et financières et de son aptitude à conduire l'opération d'aménagement envisagée, et ce, y compris dans l'hypothèse où serait mise en œuvre la procédure complète. Mais, dans ce cas de figure, on se retrouverait confronté au paradoxe précédemment évoqué. Quel serait l'intérêt de demander aux candidats de présenter une proposition (conformément à l'article R. 300-6) si ce n'est pour la prendre en compte pour choisir l'aménageur ?

Olivier Caron et Alexandre Labetoule, avocats au barreau de Paris et fondateurs du réseau d'avocats CLL (www.reseau-cll.com) © achatpublic.info, 31/08/2006

(1) CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, SOGEDIS n°01BX00381, Concl. D. Peano, BJCP 2005, n° 39, p. 117, mentionné aux Tables du Recueil Lebon

(2) www.reseau-cll.com

(3) Décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés conclus par les concessionnaires et modifiant le code de l'urbanisme

(4) Circulaire n° 2005-9 du 8 février 2005 relative aux procédures de publicité et de concurrence préalables à la conclusion des conventions d'aménagement

(5) Conclusions présentées devant la CJCE, le 15 juin 2006, Affaire C-220/05, Jean Auroux e.a. contre Commune de Roanne, point 46.

à propos de l'auteur

