

Marie-Aline MAURICE
Michel RIVA
Frédéric VACHERON
Avocats à la Cour - Toque 737
200 Rue André Philip – 69003 LYON
Tél. 04.78.27.20.42 – Fax 04.78.27.41.57
michel.riva@riva-associes.com

CONSULTATION
(CANOL Musée des Confluences)

1.- L'association CANOL souhaite, dans un premier temps, suivant un courriel en date du 17 juillet 2014, un avis sur les points de savoir, s'agissant du déroulement du chantier de construction de l'ouvrage du musée des Confluences à Lyon :

- si il y aurait matière à demander au maître de l'ouvrage, le conseil général du Rhône, d'engager une action devant le tribunal administratif à l'encontre de son mandataire, la SERL (société d'économie mixte) qui, selon la note d'analyse du CANOL n'a pas respecté les termes de du contrat de maîtrise d'ouvrage et le code des marchés publics ;
- si une telle action peut être engagée dès maintenant ou s'il faut attendre un autre événement, tel qu'une délibération du conseil général ;
- quels éléments permettraient d'aller au pénal.

2.- Les observations qui suivent sont données au vu du document intitulé « Analyse de la gestion de certains contrats relatifs à la construction du musée des confluences » qui figurait en pièce jointe au courriel du 17 juillet 2014.

Ce document, dont la vocation est de « déceler des infractions éventuelles à la réglementation des marchés publics » expose les dispositions législatives, réglementaires et communautaires applicables à la commande publique et les modalités d'exercice de la maîtrise d'ouvrage public et évoque différents contrats intervenus pour la construction (le contrat de programmation, dont la communication n'a pu être obtenue par l'association CANOL car il aurait été perdu par le Conseil Général ; le contrat de mandat avec la SERL en date du 6 octobre 2000 et ses six avenants successifs, le dernier en date du 03/11/2011 ; le contrat de maîtrise d'œuvre et ses avenants successifs ; des marchés complémentaires et leurs avenants).

3.- Ce rapport d'analyse considère (page 12) que la SERL est gravement fautive :

- pour n'avoir pas ou mal conseillé le maître de l'ouvrage (le département) dans le choix du projet et les risques de dérives financières ;
- pour n'avoir pas conseillé le maître de l'ouvrage sur la nécessité de la maîtrise foncière préalablement à la passation du marché de maîtrise d'œuvre ;
- pour la rédaction imparfaite du contrat de maîtrise d'œuvre et la gestion légère de ce contrat.

Le rapport d'analyse indique que compte tenu de ces manquements, il est paradoxal que la SERL perçoive une rémunération complémentaire. Cette rémunération complémentaire a fait l'objet de l'avenant n° 6 du 3 octobre 2011, qui, selon le rapport d'analyse, est présentée comme nécessaire pour couvrir les dépenses liées à l'arrêt du chantier consécutif au départ de BEC et la reprise par VINCI des travaux de gros œuvre.

Le rapport indique également que la résiliation du marché BEC n'a pas été prononcée aux torts de l'entreprise et qu'elle apparaît comme une décision du maître de l'ouvrage, décision à laquelle la SERL a évidemment participé et que ce ne peut être en aucun cas considéré comme une sujétion imprévue.

Selon ce rapport la SERL n'a pas rempli la mission donnée par le contrat de mandat, et la question de pose de savoir, notamment, pourquoi la SERL n'a pas appliqué ou pas fait appliquer les sanctions à l'encontre du maître d'œuvre et pourquoi les clauses du contrat de mandat ne sont pas appliquées.

Ces éléments appellent les observations suivantes

DISCUSSION

En considérant que la SERL est fautive dans l'exécution du contrat de mandat le rapport d'analyse se place sur le terrain de la responsabilité contractuelle et les questions qui se posent sont de savoir si le département pourrait être fondé à engager la responsabilité de la SERL devant le juge administratif, et s'il ne le fait pas, si l'association CANOL serait fondée à le faire. L'éventualité d'une procédure pénale sera également examinée.

4.- le département serait-il fondé à engager la responsabilité de la SERL devant le juge administratif ?

Une action en responsabilité suppose la réunion de trois conditions : une faute, un préjudice et un lien de causalité directe entre la faute alléguée et le préjudice.

En l'état des éléments transmis, ces conditions ne paraissent pas réunies.

En effet, dès lors que le département a accepté les modifications successives du projet et n'a pas renoncé à ce projet on voit mal comment il pourrait reprocher à son mandataire la dérive de ce projet.

Il faudrait, pour cela, établir des manquements au devoir de conseil du mandataire, manquements qui ne peuvent résulter du seul fait que le projet a connu des modifications successives, mais qui pourraient résulter d'une rétention d'information ou d'une insuffisance de diligences qui si elles avaient été accomplies auraient pu donner au département les éléments nécessaires à une bonne appréciation, et encore faudrait-il pouvoir établir que si le département avait eu en temps utile de tels éléments il aurait renoncé à poursuivre le projet.

S'agissant du préjudice il faudrait pouvoir le chiffrer et il ne peut se résumer à la seule dérive financière du projet : l'ouvrage tel qu'il sera pouvait-il coûter moins cher ? La réponse à cette question pouvant en elle-même démontrer l'existence ou non d'un lien de causalité directe entre la faute alléguée (à supposer que des manquements précis au devoir de conseil puissent être invoqués) et un préjudice.

En l'état l'existence d'un lien de causalité directe entre une éventuelle faute et un préjudice n'est pas établie.

5.- L'association CANOL pourrait-elle en cas de refus du département d'engager la responsabilité de la SERL, se faire autoriser à agir par le tribunal administratif ?

Dans le cas où la collectivité lésée se refuse ou néglige d'agir en justice, le CGCT prévoit (articles L. 2132-5 à L. 2132-7) sous certaines conditions qu'un contribuable se substitue à la collectivité et se fasse autoriser à agir par le tribunal administratif. Cette action qui n'était possible à l'origine que pour le contribuable d'une commune a été ouverte également au contribuable d'un département.

Mais il a été jugé que la qualité de contribuable est entendue strictement et qu'une association qui se borne à produire un avis d'imposition aux taxes locales établi au nom de son président ne justifie pas de sa propre qualité de contribuable de sorte qu'elle n'a pas qualité pour demander à engager la procédure (C.E. 13 janvier 2003, association de défense des contribuables ansois).

L'association CANOL ne pourra donc engager en son nom une telle action.

En revanche il reste possible qu'un ou plusieurs membres de l'association agissent en leur nom personnel et l'action ainsi engagée sera recevable. Il sera également possible de faire intervenir volontairement l'association à l'instance par mémoire séparé : cette intervention volontaire qui ne pourra avoir comme objet que de se joindre aux demandes des requérants pourrait elle-même être jugée irrecevable mais cela n'affectera pas la recevabilité de la requête principale et elle présente l'intérêt de manifester au tribunal qu'il ne s'agit pas que de l'action de certains contribuables isolés. Ce sera à l'association CANOL d'apprécier ou non l'opportunité d'une telle intervention volontaire.

6.- Reste à savoir si une action individuelle recevable pourrait être accueillie favorablement par le juge administratif, qui statue en la matière comme autorité administrative (et non pas comme instance juridictionnelle).

Pour le Conseil d'Etat il appartient au juge administratif, statuant comme autorité administrative de vérifier, sans se substituer au juge de l'action et au vu des éléments fournis que l'action envisagée présente un intérêt suffisant pour la collectivité et qu'elle a une chance de succès.

Deux conditions sont ainsi requises :

- l'action doit présenter un intérêt suffisant : l'action présentera un intérêt suffisant si le préjudice financier est important (mais nous avons vu plus haut qu'en l'état il ne paraissait pas possible d'évaluer le préjudice financier) et si cet intérêt financier est démontré : le requérant ne saurait faire reposer sa requête sur des suppositions mais doit pouvoir démontrer de façon tangible que l'action présente un intérêt suffisant et cette démonstration n'est pas aisée, notamment, comme on l'a vu plus haut, s'agissant de l'existence d'une faute de la SERL qui soit en lien de causalité directe avec le préjudice allégué ;

- l'action doit avoir une chance de succès : cette condition ne paraît pas, en l'état actuel, remplie pour une action en responsabilité contractuelle, en l'absence de démonstration d'une faute (ou de fautes) et d'un préjudice en lien de causalité directe avec la faute.

A titre d'exemple le Conseil d'Etat (26 juillet 2011) a opposé un refus à la demande d'autorisation de plaider formulée par un contribuable, Julien Bayou – qui entendait reprendre l'action civile contre Jacques Chirac que la ville de Paris avait abandonné à la suite de la conclusion de la transaction avec l'UMP et Jacques Chirac –. Les juges ont en effet considéré que le requérant ne démontrait pas en quoi son action présentait un intérêt suffisant pour la ville de Paris : *“M. BAYOU ne fournit aucun élément de nature à remettre sérieusement en cause ni l'évaluation, par les parties au protocole, des charges exposées par la ville au titre des emplois ayant donné lieu au procès en cours, ni l'appréciation ayant conduit la ville à abandonner ses prétentions s'agissant de l'un de ces emplois au motif qu'il n'a pas été sans contrepartie réelle pour elle”*. En d'autres termes, suivant le Conseil d'Etat, rien dans la demande de Julien Bayou ne permettait d'établir que la Ville de Paris aurait obtenu une meilleure indemnisation dans le cadre d'un procès plutôt qu'en recourant à la transaction

La condition que l'action doit avoir une chance de succès exclut d'emblée les actions portant sur des infractions prescrites (CE 21 juillet 2009, n° 320900), ce qui renvoie à l'éventualité d'une procédure pénale.

7.- La saisine du juge pénal est-elle possible ?

Le non-respect des dispositions du code des marchés publics peut être sanctionné par le juge pénale au titre du favoritisme selon l'article 432-14 du code pénal.

S'agissant d'un délit le délai de prescription est de trois années et son point de départ est le jour où l'acte irrégulier est apparu et a pu être constaté.

En l'espèce les décisions litigieuses ont été régulièrement publiées et c'est la date de leur publication qui marque le point de départ du délai triennal de la prescription. Apparemment toutes les conventions et leurs avenants semblent avoir été pris il y a plus de trois ans et la prescription semble acquise.

En outre, la jurisprudence exige des éléments précis, comme l'illustre une décision du Conseil d'Etat qui a invalidé une autorisation de plaider qui avait été donnée à un contribuable marseillais, pour lui permettre de se constituer partie civile et provoquer ainsi l'ouverture d'une information pénale.

Cette décision est intégralement reproduite en annexe.

8.- En conclusion, et pour les raisons exposées ci-dessus, mon avis est qu'en l'état des éléments en possession de l'association CANOL il ne paraît pas possible de demander au département d'engager la responsabilité de la SERL devant le juge administratif, ni, en cas de refus opposé à une telle demande, qu'un contribuable puisse se faire autoriser à agir, aussi bien devant le juge administratif, que devant le juge pénal par le biais d'une constitution de partie civile.

Il n'est pas possible d'apprécier à ce stade les conséquences que pourraient entraîner un nouvel élément tel qu'une délibération du conseil général.

Fait à Lyon le 5 août 2014

Me Michel RIVA

ANNEXE

**Conseil d'Etat
statuant
au contentieux**

N° 239368

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

1 / 2 SSR

M. Stirn, président

M. Boulouis, rapporteur

Mme Boissard, commissaire du gouvernement

lecture du lundi 29 juillet 2002

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la requête sommaire et le mémoire rectificatif, enregistrés les 25 et 26 septembre 2001 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la VILLE DE MARSEILLE, représentée par son maire en exercice ; la VILLE DE MARSEILLE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision en date du 20 septembre 2001 par laquelle le tribunal administratif de Marseille a autorisé M. Daniel X..., en sa qualité de contribuable de la VILLE DE MARSEILLE, à déposer au nom de celle-ci, à ses frais et risques, une plainte avec constitution de partie civile des chefs d'escroquerie, abus de confiance, usurpation de fonction et délit de favoritisme qui auraient été commis au détriment de la ville dans le cadre de la concession qu'elle a consentie à la société d'économie mixte "Marseille Habitat" pour l'aménagement du "périmètre de restauration immobilière du Panier-Vieille Charité" ;

2°) de condamner M. X... à lui verser une somme de 15 000 F au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code pénal ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Boulouis, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Coutard, Mayer, avocat de la VILLE DE MARSEILLE et de la SCP Masse-Dessen, Georges, Thouvenin, avocat de M. X...,

- les conclusions de Mme Boissard, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales : "

Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit devoir appartenir à la commune et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer " ; qu'il appartient au tribunal administratif statuant en la forme administrative et au Conseil d'Etat, saisi d'un recours de pleine juridiction dirigé contre la décision du tribunal

administratif, lorsqu'ils examinent une demande présentée par un contribuable sur le fondement de ces dispositions, de vérifier, sans se substituer au juge de l'action et au vu des éléments qui leur sont fournis, que l'action envisagée présente un intérêt suffisant pour la commune et qu'elle a une chance de succès ;

Considérant que, par une décision en date du 20 septembre 2001, le tribunal administratif de Marseille a autorisé M. X..., en sa qualité de contribuable de la VILLE DE MARSEILLE, à déposer au nom de celle-ci, à ses frais et risques, une plainte avec constitution de partie civile du chef de délits qui auraient été commis au détriment de la ville dans le cadre de la concession que celle-ci a consentie à la société d'économie mixte " Marseille Habitat " pour l'aménagement du " périmètre de restauration immobilière du quartier du Panier " ; que la VILLE DE MARSEILLE demande l'annulation de cette décision ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ;

Considérant que s'il résulte de l'instruction, en particulier des différents rapports produits par les parties, que la gestion de l'opération s'est révélée peu rigoureuse et a pu donner lieu à des dépenses injustifiées, ce qui a d'ailleurs conduit la commune à saisir la chambre régionale des comptes, M. X... se borne à faire état de simples soupçons, sans apporter d'éléments précis, à propos des infractions pénales qui auraient pu être commises au détriment de la ville par des agents de la société d'économie mixte ou des prestataires de service extérieurs ; que, par suite, il ne ressort pas des pièces du dossier que le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile envisagée par M. X... présenterait des chances de succès ; que la VILLE DE MARSEILLE est, dès lors, fondée à demander l'annulation de la décision du 20 septembre 2001 par laquelle le tribunal administratif de Marseille a autorisé M. X... à engager au nom de la ville une telle action à raison de ces faits ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la VILLE DE MARSEILLE, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, soit condamnée à payer à M. X... la somme qu'il demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas davantage lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner M. X... à payer à la VILLE DE MARSEILLE la somme qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Article 1er : La décision du tribunal administratif de Marseille en date du 20 septembre 2001 est annulée.

Article 2 : La demande d'autorisation de plaider présentée par M. X... est rejetée.

Article 3 : Les conclusions de la VILLE DE MARSEILLE et de M. X... tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la VILLE DE MARSEILLE, à M. Daniel X... et au ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales.

Analyse

Abstrats : 135-02-05-01-04,RJ1 COLLECTIVITES TERRITORIALES - COMMUNE - REGLES DE PROCEDURE CONTENTIEUSE SPECIALES - EXERCICE PAR UN CONTRIBUABLE DES ACTIONS APPARTENANT A LA COMMUNE - CONDITIONS DE FOND - Chance sérieuse de succès d'une plainte avec constitution de partie civile à propos d'infractions pénales qui auraient été commises au détriment de la collectivité à l'occasion d'une opération de concession - Absence, eu égard aux simples soupçons, dépourvus de précisions, allégués par le requérant (1).

Résumé : 135-02-05-01-04 Dans la mesure où le contribuable se borne à faire état de simples soupçons, sans apporter d'éléments précis, à propos des infractions pénales qui auraient pu être commises au détriment de la ville à l'occasion d'une opération de concession, le dépôt d'une plainte

avec constitution de partie civile envisagé sur ce point par le contribuable de cette commune ne présente pas pour celle-ci de chance sérieuse de succès au sens de l'article L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales.