



N° 239 368

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE EN DEFENSE

POUR : Monsieur Daniel CARRIERE, contribuable de la Ville de
MARSEILLE

(SCP MASSE-DESSEN, GEORGES, THOUVENIN
AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT)

Sur le recours n° 239 368

FAITS

I/.

En 1993, la Ville de MARSEILLE a concédé à la société d'économie mixte MARSEILLE HABITAT, dont le siège est à l'Hôtel de Ville, l'opération de restauration immobilière du quartier du « Panier ». Cette concession a été transférée en 1998 à une autre société d'économie mixte, la SAEM MARSEILLE AMENAGEMENT.

Les SAEM MARSEILLE HABITAT et MARSEILLE AMENAGEMENT, dans le capital desquelles la Ville de MARSEILLE est très largement majoritaire, ont pour objet l'aménagement et la restauration immobilière, la résorption de l'habitat insalubre, l'action dans les quartiers dégradés et plus généralement, tout projet se rapportant au développement économique de la Ville.

Pour la réalisation de l'opération de restauration du quartier du Panier, MARSEILLE HABITAT a fait appel à différents prestataires intervenant en matière d'aménagement et de réhabilitation immobiliers, dont la SARL REMY Consultant.

Après plusieurs années de collaboration, MARSEILLE HABITAT a commandé plusieurs audits sur le fonctionnement de l'opération de restauration immobilière à de grands cabinets d'expertise.

A l'issue de nombreuses démarches entreprises sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, Monsieur Daniel CARRIERE, l'exposant, a obtenu communication des audits suivants :

1- un document établi par le cabinet POSOKHOW et associés en date du 5 mai 1998 intitulé « *Note sur les aspects juridiques, financiers, et administratifs des opérations de restructuration du centre ville de MARSEILLE menées par MARSEILLE HABITAT* ».

2- un document émanant du cabinet ARCIL, MARSAUDON & FISCHER, Avocats intitulé « *Pratique des contrats de concession conclus par MARSEILLE HABITAT, Remarques sur le plan juridique* ».

3- un document signé de CDH Conseils daté d'avril 1998 intitulé « *Analyse du coût de gestion de l'activité concession* ».

4- un document élaboré par OMNICONSEILS en date du 5 mai 1998 intitulé « *MARSEILLE HABITAT – présentation de synthèse* ».

Ces audits ont mis au jour un grand nombre de dysfonctionnements dans la gestion de l'opération de restauration immobilière du quartier du

Panier, au travers de la présence d'intermédiaires et de consultants divers qui, tout en s'immiscant dans le fonctionnement de l'opération, ont bénéficié de rémunérations exorbitantes et superposées.

Même si le terme d'infraction pénale n'y est pas formulé, ces audits n'ayant pas pour objet de qualifier pénalement les irrégularités constatées, ceux-ci ont cependant mis en lumière des agissements précis, clairement décrits, de nature à justifier la mise en mouvement de l'action publique.

Telles sont les raisons pour lesquelles, à la lecture de ces différents documents, l'exposant, contribuable inscrit au rôle de la commune, a saisi le Maire de MARSEILLE par lettre du 17 avril 2001 d'une demande sur le fondement de l'article L 2132-5 du Code général des collectivités territoriales tendant à ce que la Ville porte plainte avec constitution de partie civile contre personne non dénommée sur la gestion des concessions et les infractions pénales ainsi commises.

Par un courrier du 14 juin 2001, le Maire de MARSEILLE a opposé un refus à cette demande.

C'est dans ces circonstances qu'après avoir informé le 23 juillet 2001 le Maire de MARSEILLE de son intention d'exercer les actions en justice appartenant à la commune, l'exposant a saisi le Tribunal administratif de MARSEILLE statuant comme autorité administrative d'une demande en date du 25 juillet 2001 tendant à y être autorisé.

Par une décision du 20 septembre 2001, le Tribunal administratif de MARSEILLE a autorisé Monsieur CARRIERE à tenter à ses frais et risques l'action en justice que la commune de MARSEILLE a refusé d'exercer.

Telle est la décision attaquée par le recours de la Ville de MARSEILLE auquel l'exposant vient défendre.

DISCUSSION

Sur le moyen de forme

II/.

Il est vainement soutenu, en premier lieu, que la décision par laquelle le Tribunal administratif a accordé l'autorisation sollicitée serait insuffisamment motivée.

Le moyen manque en droit comme en fait.

Il est constant, en effet, que si les dispositions de l'article R 2132-1 du Code général des collectivités territoriales imposent la motivation de toute décision portant refus d'autorisation, l'octroi de l'autorisation de plaider, en revanche, n'est pas soumis à une telle obligation, celle-ci n'entrant dans aucune des catégories mentionnées par la loi du 11 juillet 1979 (CE 16 décembre 1994, Commune de Varetz, T. p 844).

Au demeurant, l'autorisation accordée, en ce qu'elle fait expressément référence, d'une part, à l'action que l'intéressé entend exercer, tout en précisant la nature et l'objet de celle-ci, d'autre part, à l'intérêt suffisant que cette action présente pour la Ville de MARSEILLE, enfin à ses chances de succès, apparaît en réalité parfaitement motivée, en fait comme en droit.

La critique est donc vouée au rejet.

Sur la procédure

III/.

Il est ensuite soutenu que la demande d'autorisation de plaider n'aurait pas été recevable, au motif que la Commune n'aurait pas été préalablement appelée à délibérer de la demande du contribuable avant d'avoir refusé ou négligé d'exercer l'action.

Il n'en est rien.

Il résulte des dispositions de l'article L 2132-5 du Code général des collectivités territoriales que la recevabilité de la demande d'autorisation de plaider suppose que la commune ait été préalablement appelée à en délibérer de l'action envisagée et ait refusé ou négligé de l'exercer.

Cette exigence, qui constitue une formalité substantielle, implique qu'une demande préalable soit adressée à la commune (CE 1^{er} février 1993, Mlle Chalard et Mme Fourvel, t. p 669) portant à la fois sur le principe même de l'engagement de l'action et la nature de l'action envisagée (CE Sect. 22 juillet 1992, 2 esp. Avrillier, p 301, Grapin, p 303). Etant observé que dans le cas d'une constitution de partie civile, si la demande du contribuable doit viser les faits que celui-ci estime délictueux, elle n'a certes pas à préciser leur qualification pénale, qui *ne pourrait en tout état de cause lier* le juge d'instruction.

On relève par ailleurs qu'il importe peu que le refus ou la négligence de la commune provienne du Maire ou du Conseil municipal (CE 11 mai 1959, Sieur Vincey, p 293).

Or, en l'espèce, comme l'a reconnu le Tribunal, la demande présentée par Monsieur CARRIERE répondait à ces différentes conditions et était donc parfaitement recevable.

Il suffit tout d'abord de se reporter aux termes de la lettre que Monsieur CARRIERE a adressée le 17 avril 2001 au Maire de MARSEILLE pour constater que ce dernier y était clairement invité à porter plainte contre X entre les mains du doyen des juges d'instruction de MARSEILLE de divers chefs d'infraction au Code pénal commis au préjudice de la Ville de MARSEILLE à raison de la gestion de la concession d'aménagement passée avec la SAEM MARSEILLE HABITAT au titre de l'opération de restauration immobilière du quartier du Panier.

L'objet et la nature de l'action envisagée étaient donc clairement précisés.

Il est par ailleurs avéré que le Maire a expressément refusé de donner suite à la demande de Monsieur CARRIERE par une décision du 14 juin 2001.

Vainement à cet égard est-il soutenu que le refus opposé par lettre du 14 juin 2001 n'aurait pas présenté un caractère définitif.

En premier lieu, il apparaît à la lecture de cette lettre qu'elle ne constituait nullement une réponse d'attente. En effet, sous couvert d'un refus « *en l'état* », le Maire a en réalité clairement manifesté son refus d'exercer l'action envisagée et a par avance reconnu le caractère décisionnel du refus ainsi opposé à Monsieur CARRIERE, puisqu'il a précisé à ce dernier qu'il disposait d'un délai de deux mois pour contester cette décision devant le Tribunal administratif de MARSEILLE.

En second lieu, il faut rappeler que la condition tenant au refus ou à la négligence de la commune s'apprécie en tout état de cause à la date de la décision du Tribunal et qu'en l'espèce, la commune a expressément confirmé, dans son mémoire en réponse enregistré le 19 septembre 2001, le refus opposé le 14 juin 2001.

Dans ces conditions, il n'est pas douteux que la commune a été appelée à délibérer sur l'exercice d'une action en justice - en l'espèce, une constitution de partie civile - qu'elle a refusé d'exercer et que l'exposant était parfaitement recevable à solliciter du Tribunal administratif de MARSEILLE, en application des dispositions susvisées du Code général des collectivités territoriales, l'autorisation d'intenter cette action au nom de la commune.

De ce point de vue déjà, la requête ne pourra prospérer.

Sur le bien-fondé de la demande

IV/.

L'Assemblée du Contentieux dans ses arrêts du 26 juin 1992, (Mme Lepage-Huglo et autres, p 246 ; Pezet et San Marco, p 248 ; Monnier-Besombes, p 251, concl. Le Chatelier, p 252) après un rappel des dispositions de l'article L 316-5 du Code des communes (L 2132-5 du CGCT), a défini les conditions de fond qui président à l'octroi de l'autorisation de plaider dans un considérant de principe :

« Il appartient au tribunal administratif statuant comme autorité 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 ».

En l'espèce, le Tribunal administratif de MARSEILLE, statuant comme autorité administrative, a admis à juste titre que les deux conditions tenant à l'existence d'un intérêt suffisant et aux chances de succès de l'action envisagée par Monsieur CARRIERE étaient réunies.

1- Sur l'existence d'un intérêt suffisant pour la commune de MARSEILLE

Un tel intérêt doit être matériel et non simplement moral (CE 7 février 1994, Quémar, p 58 ; CE 17 juin 1998, Berger et autres, t. p 780) et revêtir une certaine importance (CE 30 avril 1997, MM. Emmerich et autres, t. p 711).

Au cas présent, comme il a été rappelé, les quatre rapports d'expertise versés aux débats auxquels il est renvoyé ont mis au jour un grand nombre de dysfonctionnements dans la gestion de l'opération de restauration immobilière du quartier du Panier, et en particulier la présence, lors de la réalisation de l'opération, d'intermédiaires et de consultants ayant bénéficié de rémunérations exorbitantes.

Ces documents ont révélé, outre l'importance du montant global des rémunérations versées à ces différents intervenants, l'ambiguïté de leurs rôles en matière de commercialisation, ce qui a permis de suspecter l'existence de rémunérations superposées payées à plusieurs intervenants pour le même objet.

Ainsi, REMY CONSULTANT a-t-il bénéficié d'une convention conclue avec MARSEILLE HABITAT pour l'animation et la direction opérationnelle de l'opération, d'une part, et la commercialisation, d'autre part.

Il s'est agi en réalité d'une sous-traitance partielle de la mission de MARSEILLE HABITAT définie par le cahier de concession et le cahier des charges (expertise POSOKHOW et Associés du 5 mai 1998, p 3).

De même le rapport CDH Conseil souligne-t-il qu'à partir du 1^{er} décembre 1992, une mission de commercialisation a été confiée à la SARL REMY CONSULTANT ayant « *dans les faits (...) abouti à constituer progressivement, autour de Christophe REMY, une équipe opérationnelle par le transfert de personnels de MARSEILLE HABITAT et de MARSEILLE AMENAGEMENT* » (Analyse du coût de gestion de l'activité « Concession » d'avril 1998, p 2).

D'autres prestataires, tels que JT CONSEIL, GESTION FINANCES, PATRIMOINE ET CONSEIL, MONA LISA, ont été largement rémunérés sur le compte de la concession, pour des missions de commercialisation aboutissant à un système de superposition dans lequel la place et les missions de chacun n'ont jamais été clairement définies (expertise POSOKHOW et Associés du 5 mai 1998, cf. p 20, 36 & 37).

Dans son mémoire en réponse présenté devant le Tribunal (p 14), la Ville a d'ailleurs précisé que la Chambre Régionale des Comptes, dans une lettre d'observations définitives du 20 février 1998, a formulé plusieurs observations critiques sur les rémunérations versées aux commercialisateurs, évoquant une « *dérive financière* ».

Le cabinet POSOKHOW énonce quant à lui, en conclusion de son analyse des rémunérations (p 10) :

«a/ Les montants apparaissent significatifs.

b/ Contrairement à Rémy Consultant, rémunéré directement par MARSEILLE HABITAT, les rémunérations (des commercialisateurs) sont imputées à la concession alors qu'en réalité la mission de commercialisation est confiée à MARSEILLE HABITAT, rémunérée elle-même d'une manière forfaitaire sur ces ventes et à la SARL Rémy Consultants.

c/ On peut s'interroger sur l'existence de rémunérations superposées et supportées par la concession en fonction d'une étude qu'il conviendrait d'approfondir, sachant qu'en particulier :

- *MARSEILLE HABITAT est rémunérée par la concession d'une manière forfaitaire au travers d'une « rémunération liée aux missions de concessionnaire et à l'initiative de l'opération » : F 450 000 H.T/an pour le PRI PANIER pendant 5 ans.*
- *Pour chaque vente AFUL, Rémy consultants est rémunéré au taux de 7,5 % du montant H.T. des cessions d'immeubles.*
- *Pour chaque vente une rémunération de JT Conseil est facturée à la concession.*
- *Pour chaque vente également une rémunération de commercialisateur comme indiqué ci-dessus est facturée à la concession.*

d/ La nomenclature des postes apparaissant dans les bilans fournis à la Ville de MARSEILLE lors des comptes-rendus annuels d'activité permet difficilement de constater cette superposition de rémunérations non évidente à première lecture ».

De surcroît, la situation de la SARL REMY CONSULTANT qui se retrouve, de fait, à la fois dans la position du donneur d'ordre et de l'exécutant, c'est-à-dire aux deux extrémités de la chaîne est apparue parfaitement illicite.

Le cabinet POSOKHOW souligne également, s'agissant de la mission de contrôle technique et administratif des opérations mises à la charge des acquéreurs prévues dans le cahier des charges de la concession, que celle-ci est largement sous-traitée à la SARL REMY CONSULTANT.

Cette situation conduit à s'interroger à tout le moins sur la réalité d'une partie desdites prestations et sur la validité des certifications effectuées dans de telles conditions.

La SARL REMY CONSULTANT cumule en effet les fonctions de donneur d'ordres, d'exécutant de la mission confiée et de contrôleur de celles-ci ! Et elle perçoit des rémunérations pour ces trois tâches.

A eux seuls déjà, et au regard de l'importance montant des sommes en jeu - en 1997, les divers organismes chargés de la commercialisation ont facturé 1 973 KF à la concession, cf. rapport POSOKHOW, p 20 ; au total sur la durée de la concession PRI Panier à MARSEILLE HABITAT, le bilan de pré-clôture a fait apparaître une dépense de commercialisation de 7 269 KF et une rémunération du concessionnaire incluant la commercialisation de 13, 37 MF - ces éléments suffisent à établir l'intérêt que présente l'action envisagée pour la Ville de MARSEILLE, non seulement d'ailleurs en tant que collectivité concédante mais en tant qu'actionnaire principal de la SEM MARSEILLE HABITAT.

Il est clair en effet que toute facturation induite s'effectue à la fois au préjudice des finances de la commune en alourdissant le montant déjà très élevé de la participation de celle-ci à l'opération et au détriment des comptes de la SEM MARSEILLE HABITAT, ce qui semble désormais explicitement admis par la requête.

La décision du Tribunal est ainsi à l'abri de la censure.

D'autant que pour toute critique, la requête s'en rapporte à l'argumentation présentée devant le Tribunal et invoque le défaut d'intérêt de l'action envisagée en se prévalant essentiellement du fait que la Chambre régionale des comptes, saisie par le Maire de MARSEILLE à la suite de la demande de Monsieur CARRIERE, a répondu que l'examen des opérations de concessions interviendrait prochainement.

Mais, une telle circonstance demeure en tout état de cause sans incidence aucune sur l'intérêt de l'action présentement envisagée, laquelle tend à porter plainte contre X avec constitution de partie civile des chefs d'escroquerie, abus de confiance, usurpation de fonctions et délit de favoritisme.

La saisine de la Chambre régionale des comptes en vue d'un contrôle de gestion des opérations de concessions réalisées par la collectivité ne fait donc pas obstacle à l'intérêt de la présente action qui conserve un objet propre et distinct, l'information judiciaire sollicitée étant susceptible de mettre en cause d'autres personnes et d'autres types d'agissements que ceux qui pourraient l'être par la juridiction financière (en ce sens, CE 22 juillet 1992, Ville de Nice, req. n° 135.721).

Il convient d'ajouter au surplus que la présente action n'ayant pas en vue de porter plainte pour gestion de fait des deniers publics, ses chances de succès ne peuvent se trouver obérées par le fait que les règles de procédure applicables au jugement par la Chambre régionale des comptes des personnes déclarées comptables de fait ne comportent pas d'intervention de la commune (CE 14 janvier 1998, Commune d'Hem c/ Vantroys, t. p 780).

C'est donc à juste titre que le Tribunal a admis, à la lumière des éléments versés au dossier qui comportent toutes précisions utiles sur « *la dérive financière* » - pour reprendre l'expression utilisée par la Chambre régionale des comptes - ayant affecté l'opération de rénovation du Panier, que la condition tenant à l'existence d'un intérêt suffisant se trouvait remplie.

De ce point de vue encore, les critiques de la requête ne pourront qu'être rejetées.

1- Sur les chances de succès de l'action envisagée

Cette seconde condition suppose une analyse du bien-fondé de la demande, qui s'apparente à un contrôle de probabilité.

Il s'agit d'exercer un contrôle limité à « *la chance de succès* » de l'action, sans préjuger du fond c'est-à-dire « *sans se substituer au juge de l'action* ».

Dans ce cadre, lorsque, comme en l'espèce, un contribuable demande l'autorisation de se constituer partie civile au nom de la commune, il ne s'agit pas d'exiger de ce dernier qu'il apporte la preuve définitive et absolue de l'existence des faits délictueux, mais qu'il fasse état non pas de simples allégations ou suspicions, mais d'éléments objectifs, résultant de rapports d'expertise (CE Ass. 26 juin 1992, Mme Lepage-Huglo, précité), de pièces suffisamment probantes (CE 7 avril 1993, Trani, t. p 670), ou établis par un jugement (CE 22 juillet 1992, Ville de Nice, précité).

Au cas présent, comme le Tribunal l'a reconnu, la demande de l'exposant repose sur des éléments objectifs qui émanent des rapports d'expertise commandés par la SEM MARSEILLE HABITAT, les investigations réalisées par les quatre audits ayant mis en évidence

d'importants dysfonctionnements dans l'opération de rénovation du quartier du Panier.

Parmi les dysfonctionnements constatés, certains consistent en une « *superposition de rémunérations* », mécanisme au terme duquel des personnes physiques ou morales perçoivent, pour une seule et unique prestation réalisée par chacune d'entre elles, des rémunérations qui se cumulent. Un tel mécanisme est constitutif d'une infraction pénale, et est susceptible d'être qualifié d'escroquerie ou d'abus de confiance.

Dans son mémoire en réponse devant le Tribunal, la Ville de MARSEILLE a d'ailleurs reconnu l'existence de certaines des irrégularités mises à jour, en faisant d'ailleurs état des critiques soulevées par la Chambre régionale des comptes quant à la rémunération des intervenants privés chargés de la commercialisation.

Elle soutient avoir tenu compte de ces critiques pour l'avenir, en énonçant que les SEM concernées ont pour leur part « *simplifié les réseaux de commercialisation* », mais cette objection demeure à l'évidence sans incidence sur l'existence des faits répréhensibles déjà commis à son détriment.

Pour contester les chances de succès de l'action envisagée, la requête se contente sur ce point encore de renvoyer aux arguments présentés devant le Tribunal.

Or ceux-ci tendaient pour l'essentiel à critiquer, de manière parfaitement inopérante, les qualifications pénales auxquelles l'exposant a fait référence, de sorte qu'ils ne pourront davantage prospérer.

On le souligne, en effet, dans le cas d'une constitution de partie civile, si la demande du contribuable doit viser les faits que ce dernier estime délictueux, elle n'a pas à préciser leur qualification pénale.

La qualification pénale appartient en effet au juge de l'action, non pas au juge de « *la chance de l'action* », et la qualification qui peut être donnée par le requérant ne peut d'ailleurs lier le juge d'instruction.

A tous égards donc, la requête sera donc rejetée.

PAR CES MOTIFS, et tous autres, à produire, déduire ou suppléer au besoin d'office, l'exposant conclut qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- REJETER la requête de la Ville de MARSEILLE,
- CONDAMNER celle-ci à lui verser une somme de 2000 euros, au titre de ses frais irrépétibles,

Avec toutes conséquences de droit.

SCP MASSE-DESSEN, GEORGES, THOUVENIN
Avocat au Conseil d'Etat