

# Vos questions juridiques

Chaque mois, *Le Courrier* sélectionne des questions que vous lui adressez et y répond avec le concours d'avocats et de juristes spécialisés.

## MARCHÉS PUBLICS

Que signifie l'expression «exception in house» ?

► L'expression « exception in house » (qui renvoie à la notion de contrat « in house ») est utilisée à l'origine pour désigner une théorie jurisprudentielle, codifiée aujourd'hui dans les différents textes relatifs à la commande publique (en particulier article 3 du Code des marchés publics, article 23 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et article L.1411-12 du CGCT). Elle permet à un acheteur public de s'affranchir des règles de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'il recourt aux services d'une entité sur laquelle il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui.

Le droit de la commande publique considère en effet qu'il n'est pas nécessaire d'exiger la mise en œuvre de mesures de publicité et de mise en concurrence préalables pour la conclusion de contrats entre un acheteur public et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue en réalité le simple prolongement administratif de celui-ci (d'où l'expression « in house »). En revanche, cette entité devra elle-même appliquer les règles auxquelles est soumis l'acheteur dont il dépend étroitement. Il convient d'appréhender l'application de cette théorie avec prudence, la jurisprudence ayant régulièrement pris soin de préciser ses conditions d'application : l'entité doit pouvoir être considérée comme un opérateur « dédié » à l'acheteur, même si cet opérateur peut réaliser des prestations à titre accessoire au bénéfice d'autres

personnes ; la notion de contrôle comparable est strictement définie et régulièrement affinée par la jurisprudence (contrôle du capital, des organes de direction, pouvoir de nommer les membres dirigeants...), bien qu'il soit désormais entendu que plusieurs collectivités puissent exercer ensemble un tel contrôle sur une même entité (tel est par exemple et en principe le cas d'une société publique locale). En revanche, la présence de capitaux privés dans le capital de l'entité exclut toute application de cette théorie.

Samuel Couvreur, avocat à la cour, cabinet Seban et associés

## CULTE

La commune peut-elle participer au financement des travaux d'entretien d'une mosquée ?

► Les communes peuvent financer les dépenses d'entretien et de conservation des édifices servant à l'exercice public d'un culte seulement si elles sont demeurées ou devenues propriétaires de ces édifices lors de la séparation des Eglises et de l'Etat par la loi du 9 décembre 1905. Ainsi, alors que la loi de 1905 interdit toute subvention aux cultes, la loi du 13 avril 1908 a complété ce texte en autorisant « l'Etat, les départements et les communes à engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont la propriété leur est reconnue par la loi ». Dans ce cas, si la commune est propriétaire et si sa participation financière n'exécède pas les nécessités de la protection de son patrimoine immobilier, elle peut prendre à sa charge les frais de chauffage ou d'éclairage d'un édifice culturel (réponse

du ministre de l'Intérieur à la question écrite n°30035, JOAN Q, du 9 nov. 1987, p.6225). Néanmoins, dans leur quasi-intégralité, les mosquées implantées sur le territoire ont été construites après l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 1905 : dès lors les communes ne sont pas les propriétaires de ces édifices, elles ne peuvent pas l'être tant qu'ils sont affectés à l'exercice du culte, et elles ne peuvent pas participer au financement des travaux d'entretien de la mosquée.

Philippe Bluteau, avocat à la cour

## LAÏCITÉ

Une conseillère municipale peut-elle être voilée lors des séances du conseil municipal ?

► La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le maire qui prive de parole un conseiller municipal, au motif qu'il porte un signe religieux, se rend coupable de discrimination dès lors qu'il n'est pas établi que le seul port d'un signe d'appartenance religieuse soit constitutif de troubles à l'ordre public et qu'aucune disposition législative ne permet au maire dans le cadre des séances du conseil municipal d'interdire aux élus de manifester publiquement leur appartenance religieuse (Cass. crim. 1<sup>er</sup> sept. 2010, n°10-80.584). Le maire ne saurait donc a fortiori interdire la présence d'un élu aux séances du conseil municipal au seul motif qu'il porterait un signe d'appartenance religieuse. En effet, si le principe de neutralité du service public fait obstacle à ce que les agents disposent dans le cadre du service public du droit de manifester leurs croyances religieuses, aucun texte, ni aucune

jurisprudence n'étend ce principe aux élus. En l'occurrence, le Conseil d'Etat considère qu'un agent ne peut sans méconnaître ses obligations, manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion (CE, avis, 3 mai 2000, n°217017). Or, ce raisonnement ne saurait être transposable aux élus, notamment aux conseillers municipaux qui ne sont pas des agents publics. En revanche, le principe de neutralité devrait s'appliquer au maire et à des adjoints en leur qualité d'officiers de police judiciaire (article L.2122-31 du CGCT) et officier d'état civil.

Plus largement, cette question rejoint celle de la possibilité pour un candidat de porter un signe distinctif religieux. Elle s'était posée pour une candidate aux élections cantonales qui portait un voile islamique ainsi qu'une candidate aux élections municipales qui portait une croix de façon très distincte.

Le Conseil d'Etat a apporté une réponse très claire en affirmant que « la circonstance qu'un candidat à une élection affiche son appartenance à une religion est sans incidence sur la liberté de choix des électeurs ; qu'aucune norme constitutionnelle, et notamment pas le principe de laïcité, n'impose que soit exclues du droit de se porter candidates à des élections des personnes qui entendraient, à l'occasion de cette candidature, faire état de leurs convictions religieuses » (CE, 23 déc. 2010, n°337899).

Nadia Ben Ayed, avocate à la cour, cabinet Seban et associés

ADRESSEZ VOS QUESTIONS

martine.kis@groupemoniteur.fr