N° 428156
Association Trans'Cub et autres

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 9 novembre 2020
Lecture du 20 novembre 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Dans ses conclusions sur la décision *Mme B...* du 29 décembre 1997 (n° 170822), le Président Goulard soulignait déjà que « Dans toutes les communes de France, et notamment dans les grandes villes, la gestion de la ressource en eau est une préoccupation de plus en plus vive. » Plus de vingt ans après, la vivacité ne s'est pas totalement atténuée et la ville de Bordeaux n'y a pas échappé.

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous permettra ainsi de faire application de votre jurisprudence d'Assemblée *Commune d'Olivet* du 8 avril 2009, quant à la durée des délégations de service public dans le domaine de l'eau.

1.En 1991, la communauté urbaine de Bordeaux (CUB), devenue Bordeaux Métropole, a concédé le service public de l'eau à la société Lyonnaise des Eaux à compter du 1er janvier 1992 pour une durée de 30 ans. Cette concession a fait l'objet de plusieurs avenants, parmi lesquels :
- un avenant n° 7, ayant pour objet notamment d'augmenter les investissements à la charge du délégataire (de les doubler même, de 146 à 302 millions d'euros sur la durée du contrat), approuvé par une délibération du 22 décembre 2006,
- un avenant n° 8, visant à imposer au délégataire le remplacement sur le réseau de distribution des branchements en plomb pour un montant prévisionnel de 78 millions d'euros et de fixer une indemnité de retour tenant compte de l'absence d'amortissement total de ces travaux à l'échéance de la délégation, avenant approuvé par une délibération du 10 juillet 2009,
- un avenant n° 9, intervenu en 2012, modifiant certains tarifs et envisageant les modalités de transition vers un nouveau modèle d'exploitation du service, en maintenant le terme de la délégation à l'échéance prévue initialement, c'est-à-dire le 31 décembre 2021.

Par ailleurs, le 8 juillet 2011, le conseil communautaire a adopté une délibération qui notamment approuvait la création de postes à pourvoir en prévision de la reprise du service en régie à l'issue du contrat.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Une association locale de défense des usagers, Trans'Cub, et trois particuliers, ont demandé au président de la communauté urbaine de Bordeaux de « rapporter et annuler » - pour reprendre leurs termes - ces quatre délibérations. Leur demande ayant été rejetée, par une décision du 18 avril 2013, ils ont saisi le tribunal administratif de Bordeaux en vue de l'annulation pour excès de pouvoir des délibérations de 2011 et 2012, ainsi que de la décision de rejet du 18 avril 2013. Le tribunal administratif, confirmé par la cour administrative d'appel de Bordeaux, a rejeté leur demande.

Un point préalable doit être précisé : eu égard à la date de signature du contrat de concession, soit avant votre jurisprudence Tarn-et-Garonne, les décisions litigieuses[1] constituent des actes détachables du contrat de concession susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir tendant à leur annulation.

Précisons à cet égard que votre décision Tarn-et-Garonne pourrait, sur un point, faire l'objet de deux types d'interprétations : vous avez jugé qu'elle entrait en application pour les actes détachables des contrats signés avant la lecture de la décision (4 avril 2014). Dans l'hypothèse où le contrat est signé avant cette date mais l'avenant après cette date, faut-il envisager que le régime contentieux de l'acte détachable de l'avenant soit distinct de celui de l'acte détachable du contrat initial ? A vrai dire, pour une telle question, qui concerne l'office du juge, vous êtes ici assez libres de dégager une solution ou une autre. Nous pensons plutôt qu'il serait compliqué de retenir des régimes contentieux distincts entre le contrat et ses avenants. En l'espèce, le contrat comme les avenants litigieux ont été signés avant le 4 avril 2014, mais la rédaction que vous retiendrez donnera un signal important sur la date de l'acte que vous retiendrez – celle du contrat ou de l'avenant - pour des cas dans lesquels l'avenant serait postérieur au 4 avril 2014[2].

2. En premier lieu, vous devrez vous prononcer sur le caractère réglementaire ou non des délibérations de 2006 et 2009.

La cour a rejeté comme irrecevable l'exception d'illégalité soulevée contre ces délibérations à l'appui des conclusions d'annulation de la délibération du 21 décembre 2012 et de la décision du 18 avril 2013, en se fondant sur la circonstance que ces décisions non réglementaires étaient devenues définitives. Elle a ainsi entendu faire application de votre jurisprudence selon laquelle la recevabilité d'un moyen tiré, par la voie de l'exception, de l'illégalité d'une décision administrative est ouverte de manière perpétuelle à l'égard des actes réglementaires (29 mai 1908, Poulin, n° 25488, au Recueil, p. 580), alors qu'elle ne l'est, s'agissant des décisions individuelles, que si les délais de recours n'ont pas couru (Section, 4 juin 1954, Demoiselle Le Roux, p. 348).

---

[1] Non tardiveté pour la décision de 2013 et la délibération de 2012 compte tenu de l'effet du recours gracieux

[2] Vous avez par ailleurs défini les conditions du recours en excès de pouvoir de tiers contrat l'acte administratif portant approbation du contrat postérieurement à 2014, mais cette décision concerne l'approbation d'un contrat déjà signé et non l'autorisation qui peut être requise préalablement à la signature d'un contrat (23 décembre 2016, Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc Roussillon et association ATTAC Montpellier, n°s 392815, 392819, aux Tables, conclusions Olivier Henrard).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les requérants soutiennent que les délibérations de 2006 et 2009 revêtent un caractère réglementaire, en s'appuyant d'une part sur l'idée que toute délibération d'une collectivité territoriale aurait nécessairement un tel caractère, ce qui est bien sûr inexact, d'autre part sur la nature réglementaire de certaines clauses contractuelles que ces délibérations approuvent.

A vrai dire, nous ne partageons pas, en tout état de cause, l'analyse du pourvoi à ce sujet, car les clauses en question - qui n'imposent pas des obligations à l'égard des tiers tels que les tarifs et qui n'accordent pas non plus de droit aux tiers en portant sur l'organisation ou le fonctionnement du service public - sont, selon nous, dépourvues de caractère réglementaire (en ce sens : 9 février 2018, Communauté d'agglomération Val d'Europe Agglomération, n° 404982, au Recueil[3]).

Mais vous n'aurez pas à vous prononcer sur ce point car l'obstacle à la qualification de caractère réglementaire des délibérations se situe, nous semble-t-il, en amont.

Une décision approuvant un contrat est en effet dépourvue de caractère réglementaire, même si le contrat comporte lui-même, le cas échéant, des clauses réglementaires.

Vous avez d'abord posé ce principe, s'agissant d'actes de tutelle (Assemblée, 8 janvier 1971, URSSAF des Alpes-Maritimes, p.10), en retenant que la nature juridique de la décision approuvée ne détermine pas celle de l'acte d'approbation.

Avec la décision du 13 juin 1997, Société des transports pétroliers par pipe-line, n°s 167907, 168940, au Recueil, vous avez franchi un autre pas en retenant, s'agissant d'un décret qui déterminait les obligations mises à la charge de l'exploitant, que nonobstant la circonstance que le cahier des charges qui lui était annexé comportait certaines dispositions réglementaires, le décret était dépourvu de caractère réglementaire.

Plus précisément, vous avez déjà jugé qu'une délibération autorisant le maire à signer des contrats de concession n'avait pas le caractère d'un acte réglementaire (29 décembre 1997, *Mme B...*, n° 170822, aux Tables). Ainsi que l'explique le Président Goulard dans ses conclusions, « un tel acte n'est pas réglementaire, car il autorise le maire à signer les contrats avec une personne déterminée. C'est pour un motif de cet ordre –précise-t-il – que vous avez écarté la qualification d'acte réglementaire d'abord pour la décision d'un ministre de signer un contrat de concession (CE, Ass, 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres), puis pour la délibération d'un conseil municipal autorisant le maire à signer un tel contrat (CE, 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, p. 226 (…) ».

[3] Revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public. S'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé. En revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Une délibération ayant pour objet d'approuver un projet de contrat de concession - ou un projet d'avenant à celui-ci - en plus d'autoriser la signature du maire ou du président de la collectivité - nous semble donc relever de cette même logique, la notion d'approbation par la collectivité n'ayant guère d'autre portée, au-delà d'une validation de principe, que d'autoriser la signature de l'autorité compétente (lorsqu'elle est antérieure et non postérieure à la signature, comme cela est parfois requis[4]).

Ces actes, qui ne sont donc pas réglementaires sont, en outre, créateurs de droits pour le concessionnaire. Vous l'avez jugé s'agissant de délibérations et de décrets approuvant des conventions déjà signées (25 septembre 1996, Société EURL au Service du développement, n° 125544, aux Tables ; 26 mars 2001, Association pour la gratuité de l'autoroute A 8, n° 202209, aux Tables). Et vous avez aussi jugé qu'une délibération municipale approuvant un projet de vente était créatrice de droits (16 décembre 1988, SCI Paule, n° 70908, aux Tables). Des délibérations approuvant non pas des contrats signés mais des projets d'avenants et autorisant le maire à signer, sans autre approbation ultérieure, doivent donc, nous semble-t-il, être considérés comme des actes créateurs de droits.

Si le délai de quatre mois permettant le retrait de tels actes en application de votre jurisprudence Ternon est expiré – comme c'était le cas en l'espèce - l'administration est tenue de refuser le retrait des délibérations litigieuses.

La cour a donc, sans erreur de droit et au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénaturation, estimé que les moyens dirigés contre ce refus (la décision du 18 avril 2013) étaient inopérants.

3. Le second point important soulevé par ce pourvoi et sur lequel, à l'inverse, nous partageons la thèse des requérants, concerne la portée de la délibération du 21 décembre 2012, qui fait quant à elle l'objet d'un recours direct.

Devant la cour, les requérants estimaient que cette délibération permettait de prolonger la durée de la concession en méconnaissance des dispositions de la loi du 29 janvier 1993, dans sa rédaction postérieure à la loi du 2 février 1995[5], telle qu'interprétée par votre jurisprudence d'Assemblée *Commune d'Olivet* (8 avril 2009, n° 271737).

Ces dispositions, désormais codifiées aux articles L. 3114-7 du code de la commande publique et L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, ont posé le principe que les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée et précisé, s'agissant notamment du domaine de l'eau, que cette durée ne pouvait excéder 20 ans, sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée (avec, dans cette

[4] Voir conclusions O Henrard précitées
[5] Article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite loi Barnier

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

hypothèse, communication des conclusions de cet examen aux membres de l'assemblée délibérante avant toute délibération). En outre, en application des règles générales, la durée ne peut dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre (CE, Avis, Section des Travaux Publics, 20 février 1996, n° 358595).

En application de votre jurisprudence, si les contrats conclus antérieurement à cette loi et comprenant des durées supérieures ne sont pas entachés de nullité, en revanche d'une part, aucune stipulation nouvelle ne peut méconnaître les exigences posées par la loi, d'autre part, les clauses qui auraient pour effet de permettre une exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, supérieure à la durée maximale autorisée, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de cette durée maximale.

En l'espèce, l'avenant n° 9 consacrait le principe d'une maîtrise d'ouvrage communautaire sur certains investissements structurants, encadrait et planifiait la transition vers un nouveau mode d'exploitation du service en précisant les modalités financières et prévoyait une nouvelle grille de tarification du service de l'eau applicable aux usagers.

Le dispositif même de la délibération ne prend certes pas parti expressément sur la poursuite de la délégation, ce qui serait, à vrai dire, préférable dans ce type de situations.

Toutefois, deux points nous conduisent à y voir une décision ayant pour effet de prolonger le délai.

La première est que la délibération a été adoptée après avis du directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de la collectivité, ce qui correspond précisément à l'hypothèse dans laquelle, conformément aux dispositions législatives précitées, la collectivité souhaite pouvoir bénéficier d'une durée dérogatoire. Et ce point est très clairement exposé dans les motifs de la délibération, qui se réfèrent à la loi de 1995.

La seconde est que la délibération approuve un avenant qui, tel que présenté dans son rapport de présentation, est dépourvu d'ambiguïté et comporte des clauses – notamment une nouvelle grille tarifaire pour 5 ans - dont l'effet est le maintien de la durée de la concession au-delà de la durée permise par ces dispositions, c'est-à-dire jusqu'à la fin de l'année 2021 et non jusqu'en février 2015 (20 ans après la loi de 1995). Elle a donc bien pour effet – puisque c'est l'effet et non seulement l'objet qu'il convient d'analyser - de prolonger la durée de la délégation.

La cour a eu une vision très formaliste de l'avenant en constatant seulement qu'il n'avait pas eu pour objet de refuser de mettre fin à l'exécution du contrat, faisant ainsi référence à votre jurisprudence Transmanche, sur laquelle nous reviendrons rapidement. Mais elle a ensuite nécessairement aussi considéré qu'il n'avait pas eu pour objet ou pour effet de prolonger la durée du contrat puisqu'elle écarté comme inopérants tous les moyens tirés de la méconnaissance des lois de 1993 et 1995. Elle s'est ainsi méprise sur l'interprétation de cette délibération en refusant d'y voir une décision ayant pour effet de prolonger la durée du contrat.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Bordeaux métropole vous invite, si vous retenez ce moyen, à procéder à une substitution de motifs. Les conclusions du pourvoi dirigées contre la délibération seraient, en tout état de cause, irrecevables en application de votre jurisprudence Transmanche de 2017[6], qui ferme la voie du recours en excès de pouvoir dès lors qu'est ouvert aux tiers le recours de pleine juridiction contre le refus de faire droit à une demande de mettre fin à l'exécution du contrat.

Toutefois, cette substitution de motifs nous paraît doublement impossible.

D'une part, le litige se situe ici dans l'état du droit antérieur à la jurisprudence Transmanche. Certes, vous avez jugé que les règles que cette jurisprudence a posées, qui ne portent pas atteinte à la substance du droit au recours des tiers, sont d'application immédiate. Mais cela ne nous semble pas pour autant autoriser une substitution de motifs qui reviendrait à piéger le requérant en l'enfermant dans une irrecevabilité et non en permettant une requalification des conclusions par le juge. Surtout, la collectivité n'était pas saisie à proprement parler d'une demande de tiers visant à ce que le contrat soit résilié, donc à une demande de mettre fin à l'exécution du contrat de concession. Les requérants ne demandaient pas qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, mais entendaient que sa durée ne soit pas prolongée au-delà du délai prévu par loi de 1995, soit février 2015, c'est-à-dire encore trois ans à courir au moment de la délibération de 2012.

D'autre part, l'avenant n° 9 a été signé en 2012, soit avant votre décision Tarn-et-Garonne (2014), et la voie du recours en excès de pouvoir contre la délibération l'approuvant était donc toujours ouverte aux tiers, comme contre tout acte détachable d'un contrat.

Cette demande de substitution de motifs devant ainsi être écartée, ce moyen justifie l'annulation de l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions dirigées contre cette seule délibération. Il nous paraît préférable de renvoyer l'affaire dans cette mesure, sans la régler au fond, afin que le débat puisse avoir lieu sur la légalité de la prolongation, qui en un mot, ne paraît pas, en première approche, choquante au regard des conditions formelles et de fond posées par la loi, mais qui a tout de même fait l'objet d'un avis réservé de l'administration des finances publiques et qui suppose un débat approfondi devant les juges du fond.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur les conclusions dirigées contre la délibération du 21 décembre 2012
- au renvoi de l'affaire, dans cette mesure, à la CAA de Bordeaux
- à ce que Bordeaux Métropole verse la somme globale de 3 000 euros aux requérants au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de ses conclusions présentées au même titre
- au rejet du surplus des conclusions du pourvoi.

[6] Section, 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité Transmanche, n° 398445, au Recueil

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.