

N° 464955

M. C... et Collectif alétois de gestion publique de l'eau

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 13 septembre 2023

Lecture du 13 octobre 2023

CONCLUSIONS

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Ce pourvoi a été porté devant votre formation de jugement afin que vous vous prononciez sur les **modalités de communication des documents d'information destinés aux membres d'un conseil municipal** à l'occasion de l'examen par l'assemblée délibérante de **l'attribution d'une délégation de service public**.

1. Par une délibération du 20 juin 2016, le conseil municipal de Limoux (Aude) a approuvé le principe d'une gestion déléguée du service public de l'eau potable. A l'issue d'une procédure de mise en concurrence, l'offre de la société Veolia Eau – CGE a été retenue et, par une délibération du 22 juin 2017, le conseil municipal a autorisé le maire à conclure la convention de délégation de service public avec cette société, ce qui a été fait le 18 juillet 2017.

Le Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le limouxin et saint hilairois, ainsi qu'un conseiller municipal d'opposition, M. C..., ont formé un recours contestant la validité de cette convention mais leur demande a été rejetée successivement par un jugement du 24 octobre 2019 du TA de Montpellier puis par un arrêt du 19 janvier 2022 de la CAA de Marseille contre lequel les intéressés se pourvoient en cassation.

2. Le premier moyen du pourvoi est le plus délicat. Il reproche à la cour d'avoir commis une erreur de droit en jugeant que la circonstance que M. C... n'aurait pas reçu les documents relatifs à la délégation de service public litigieuse n'était pas de nature à avoir eu une incidence sur le sens du vote du conseil municipal.

Vous savez à cet égard que l'article L. 1411-7 du CGCT dispose que : « *Deux mois au moins après la saisine de la commission prévue à l'article L. 1411-5, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et la convention de délégation de service public. / Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération.* »

Comme vous l'aurez compris, la cour a tenu un raisonnement de type *D...*¹, en neutralisant l'irrégularité de procédure alléguée en raison de son absence d'incidence sur le vote du conseil municipal.

2.1. Cette façon de procéder soulève une première question – à laquelle, curieusement, vos précédents n'ont jamais expressément répondu – qui est de savoir s'il est possible d'invoquer la jurisprudence *D...* dans le cadre d'un recours en contestation de validité d'un contrat.

Nous pensons en l'occurrence que tel peut bien être le cas.

Certes, la jurisprudence *D...* fait référence à une « décision » mais, à la date à laquelle elle a été conçue – en 2011 –, cela ne saurait la faire regarder comme ayant entendu exclure de son champ les contrats, dont la légalité n'était alors appréhendée qu'à travers les actes unilatéraux qui en étaient détachables.

De fait, vous avez non seulement déjà appliqué la jurisprudence *D...* au sujet de clauses réglementaires d'un contrat (CE 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n° 393805, T. pp. 609-832-970) – ce qui est logique au vu du caractère en réalité unilatéral de ces clauses – mais aussi et surtout à des actes détachables de la conclusion de contrats, notamment dans votre décision *Tarn-et-Garonne*² elle-même (à propos de certaines lacunes de l'avis d'appel à candidature et de la réduction du délai de remise des offres) puis dans votre arrêt de Section 23 octobre 2015, *Société CFA Méditerranée*, n° 369113, p. 357, ccl. B. Bohnert, à propos de la consultation du service des domaines préalablement à la délibération décidant de la cession d'un bien immobilier.

Surtout, nous observons que si votre arrêt *Tarn-et-Garonne* a intégré le contentieux de l'acte détachable dans celui du contrat, il a mis au cœur du nouvel office de plein contentieux du juge du contrat le soin d'apprécier la portée effective des irrégularités susceptibles d'entacher la

¹ Assemblée, 23 décembre 2011, *M. D... et autres*, n° 335033, p. 649

² Assemblée, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, p. 70.

validité du contrat. Il nous semble donc qu'il n'y a aucun obstacle de principe mais plutôt, au contraire, une logique partagée et même renforcée, à ce que le juge du contrat puisse intégrer un raisonnement de type *D...* dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*.

Telle est d'ailleurs la voie sur laquelle un certain nombre de juridictions du fond se sont engagées³.

Il nous paraît donc possible d'intégrer cette veine jurisprudentielle dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*, ce qui, schématiquement, conduira le juge du contrat à vérifier, d'abord, si la délibération du conseil municipal est entaché d'un vice, puis, si cette délibération est irrégulière, d'examiner si elle peut être régularisée au titre de la jurisprudence *D...*, avant, dans un dernier temps et si tel n'est pas le cas, d'apprécier l'importance et les conséquences du vice sur le sort du contrat.

2.2. Ceci étant posé, il vous appartient, en tant que juge de cassation, d'examiner si les juges d'appel ont fait en l'espèce une correcte application des critères de la jurisprudence *D...*

Or, tel ne nous semble pas être le cas ici.

Alors même qu'elle a émis de forts doutes sur l'absence de réception par l'intéressé des documents d'information, la cour ne s'est pas placée sur ce terrain factuel pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance des obligations posées par l'article L. 1411-7 du CGCT mais elle a jugé que l'insuffisante information d'un élu n'avait pu avoir d'incidence sur le sens de la délibération, dès lors que les autres membres du conseil municipal étaient régulièrement informés.

Une telle lecture nous paraît erronée car, si vous admettiez un tel raisonnement, alors il ne suffirait à chaque fois au maire que d'informer une majorité des élus, qui se trouveraient par hasard correspondre à la majorité municipale, et les conseillers municipaux minoritaires, qui sont en général ceux de l'opposition, ne pourraient plus utilement contester l'absence d'envoi des documents à leur endroit.

³ Voir, dans le sens de la neutralisation : CAA Paris, 27 novembre 2015, n° 14PA03541, points 8 et 13, s'agissant d'une obligation de confidentialité posée par l'article 32 du CMP ; CAA Nantes 22 janvier 2021, n° 19NT03692, s'agissant de l'irrégularité de la composition d'un jury d'architecture et du défaut de motivation de son avis. En sens inverse, mais avec le même raisonnement : CAA Douai, 12 novembre 2020, n° 18DA00158, pour l'absence de production des certificats relatifs aux obligations fiscales et sociales.

L'erreur ne réside pas, à vrai dire, dans l'appréciation de l'influence sur le sens de la décision prise mais sur le fait que la cour n'a pas exercé de contrôle au titre de la deuxième branche de la jurisprudence *D...*, dont vous savez qu'elle ne permet pas de neutraliser l'irrégularité lorsqu'elle a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou lorsqu'elle a privé les intéressés d'une garantie.

Or, en l'occurrence, c'est bien d'une garantie qui nous paraît fondamentale pour le bon fonctionnement de la démocratie locale – puisqu'elle touche à l'exercice-même du mandat d'élu – dont M. C... a été privé. En ne recherchant pas si tel avait été le cas, la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit (voyez, pour un exemple d'appréciation cumulée des deux temps de la jurisprudence *D...* : CE 17 juillet 2013, *SFR et autres*, n° 350380 et a., T. p. 875).

2.3. A s'en tenir là, il vous faudrait donc annuler l'arrêt attaqué. Mais tel n'est pas ce que nous allons vous proposer car, pour tout dire, nous ne pensons pas que les prescriptions législatives invoquées aient la portée qui leur a été prêtée, ce qui nous conduit à regarder le moyen tiré de leur méconnaissance comme inopérant en appel – motif que, si vous nous suivez, vous pourrez substituer à celui erroné retenu par la cour.

La question de la portée exacte de l'article L. 1411-7 du CGCT, qui est issue de l'article 44 de la loi « Sapin » n° 93-122 du 29 janvier 1993, est, il faut l'avouer – et cela n'a pas échappé à la doctrine⁴ – particulièrement délicate.

Rappelons que cet article édicte une règle d'information des élus, qui est applicable à tous les niveaux de collectivités mais est propre à la **procédure d'attribution d'une délégation de service public** (DSP), en énonçant en son second alinéa que : « *Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération.* »

L'article n'indique pas de quels documents il s'agit mais il faut sans doute considérer qu'outre le texte du projet de contrat lui-même, ce sont ceux que la commission d'analyse des offres doit transmettre à l'assemblée délibérante en application du deuxième alinéa de l'article L. 1411-5, qui mentionne « *le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.* »

⁴ Voir, en particulier, l'étude très fouillée à laquelle procèdent les auteurs de l'*Encyclopédie des collectivités locales* Dalloz – chapitre 3 (folio n°260) - *Conseil municipal : exercice des fonctions de conseiller municipal*, § 149 et s.

La rédaction de la disposition n'est en tout cas pas un modèle du genre car elle laisse place à plusieurs interprétations – les travaux parlementaires étant également muets sur ce point – en ne tranchant pas la question de savoir comment doit s'opérer la transmission des documents : exige-t-elle une réunion *ad hoc* de l'assemblée pour les consulter, ce qui serait son sens littéral ? La transmission « à l'assemblée » peut-elle être collective, via une mise à disposition des documents en mairie, ou au contraire, doit-elle être individuelle, ce qui supposerait un envoi à chacun des membres ?

Pour ne rien arranger, cette règle spécifique se recoupe, pour ce qui concerne les communes, avec des dispositions générales relatives à l'information des conseillers municipaux, notamment celles de l'article L. 2121-12 CGCT⁵ issues de la loi du 6 février 1992 qui prévoient, mais uniquement pour les communes de 3 500 habitants et plus, que, pour tous les « contrats de service public » (ce qui inclut les DSP), il suffit au maire d'envoyer une note explicative aux conseillers municipaux et que c'est uniquement sur demande qu'un conseiller municipal peut consulter en mairie le projet de contrat et les pièces utiles.

Enfin, pour couronner le tout, il faut avouer que votre jurisprudence n'a pas forcément apporté de la clarté sur le sujet puisque votre récente décision CE 10 juillet 2020, *Mme C...*, n° 423901, C, a appréhendé la question de l'information des élus saisis d'un projet d'avenant à une DSP dans le seul cadre de l'article L. 2121-12 mais sans se référer à l'article L. 1411-7 qui, il est vrai, n'était pas invoqué devant vous⁶. Vous y avez relevé, pour confirmer la régularité de la procédure d'information, que les élus avaient été convoqués par un courrier indiquant les tenants et aboutissants de l'avenant objet de la délibération et que la requérante n'avait pas sollicité en temps utile la communication de documents complémentaires⁷.

Pour sortir de ce brouillard, il nous semble que **trois voies s'ouvrent à vous**.

2.3.1. Nous rejetons catégoriquement la première, qui consisterait à **faire primer l'article L. 2122-12 du CGCT** en considérant que, dès lors qu'il ne s'applique qu'aux seules communes de plus de 3 500 habitants, il constitue une « loi spéciale » dérogeant à la loi

⁵ « Dans les communes de 3 500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal. / Si la délibération concerne un contrat de service public, le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut, à sa demande, être consulté à la mairie par tout conseiller municipal dans les conditions fixées par le règlement intérieur ».

⁶ Voir aussi, dans une configuration similaire, s'agissant de l'article L. 2121-13 du CGCT : CE 5 octobre 2005, *Tomaselli*, n° 256055, C

⁷ Dans la droite ligne de votre décision CE 14 novembre 2012, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 342327, B

générale que représenterait l'article L. 1411-7.

Mais, outre que cela n'a que peu de sens sur le plan chronologique, puisque ces dispositions sont antérieures à celles issues de la loi Sapin, il nous semble que vous institueriez là un dispositif totalement bancal qui reviendrait, pour ce qui concerne les communes, à n'appliquer les prescriptions plus lourdes de l'article L. 1411-7 qu'aux plus petites d'entre elles puisque l'article L. 2122-12 ne joue pas, en revanche, pour celles de moins de 3 500 habitants...

2.3.2. Vous pourriez, plus sagement, consacrer la **thèse de l'autonomie complète de l'article L. 1411-7 du CGCT** en lui conférant la portée la plus étendue, c'est-à-dire en estimant que dès qu'une DSP est en jeu, elle oblige l'exécutif de la collectivité à adresser individuellement à chaque membre de l'assemblée délibérante, au moins quinze jours avant la tenue de la réunion, les documents nécessaires.

Vous favoriseriez ainsi l'approche prudentielle qui inspire la loi Sapin, qui est postérieure à la loi du 6 février 1992, en donnant toute sa force à l'impératif de transparence démocratique qui la soutient. Cette thèse peut aussi se réclamer d'une approche littérale du terme : « transmettre » qui peut se comprendre comme imposant davantage qu'une simple « mise à disposition » des documents.

2.3.3. Mais cette lecture expansionniste n'a pas notre préférence. Nous lui préférons l'approche constructive et, pour tout dire, plus pragmatique, consistant à **combinaison des deux séries de textes**.

Dans cette logique, vous jugeriez que, pour sa part, l'article L. 1411-7 du CGCT n'impose que la mise à disposition des documents à l'ensemble des membres de l'assemblée, et non leur notification individuelle.

Cette interprétation a l'avantage d'être pleinement compatible avec le régime de communication prévu par l'article L. 2121-12 tel que vous l'avez mis en œuvre dans vos décisions. Elle trouverait d'ailleurs tout aussi aisément à s'appliquer dans les petites communes puisque, pour celles-ci, votre jurisprudence repose de manière plus générale sur le principe d'information des élus, qui laisse aux communes le choix des moyens de communication, ce qui est parfaitement compatible avec une mise à disposition individuelle.

Cette approche peut, au demeurant, également s'appuyer sur un argument de texte puisque, nous l'avons dit, l'article L. 1411-7 du CGCT prévoit littéralement la transmission des documents à « l'assemblée délibérante » et non à chaque élu. Il n'est donc pas aberrant que la

« transmission » à un organisme collégial prenne la forme, à l'échelle individuelle, d'une simple « mise à disposition ».

Cela l'est d'autant moins que, dans la pratique et même si la dématérialisation peut faciliter les échanges, il paraît délicat pour ne pas dire absurde d'imposer la communication individuelle de documents souvent volumineux et dont vous ne connaissez que trop la technicité. Au-delà des coûts éventuels, cela ne manquerait pas de fragiliser les procédures, y compris en cas de recours à la communication électronique ; il n'est, pour s'en convaincre, qu'à songer aux difficultés de réception que suscitent parfois certains messages trop lourds... Il ne nous paraît donc guère prudent de retenir une solution qui, sans réellement améliorer les conditions d'exercice des mandats locaux, multiplierait les risques contentieux.

Pour tous ces motifs, nous vous invitons donc à juger que, lorsque la délibération concerne une convention de délégation de service public, l'article L. 1411-7 du CGCT impose seulement que le projet de contrat accompagné de l'ensemble des pièces, notamment les rapports de l'autorité habilitée à signer la convention et de la commission de délégation de service public, puisse être consulté, à sa demande, par tout membre de l'assemblée délibérante, quinze jours au moins avant la délibération, sans qu'il soit nécessaire de notifier ces pièces à chacun des membres.

Si vous nous suivez, vous procéderez à une substitution de motifs sur ce fondement, après avoir censuré le motif erroné retenu par la cour.

3. Nous serons beaucoup moins disert sur les quatre autres moyens du pourvoi, qui ne vous retiendront pas.

3.1. En effet, le moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit et dénaturé les faits en jugeant que l'exécution des travaux sous maîtrise d'ouvrage du délégataire équivaldrait à une renonciation à percevoir des subventions départementales est, de toute façon, dirigé contre un motif surabondant de l'arrêt. Il est donc inopérant devant vous.

3.2. En troisième lieu, il est soutenu que la cour a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en jugeant que la circonstance que le projet de convention confiait une part de la maîtrise d'ouvrage au délégataire ne constituait pas un bouleversement de l'économie du contrat de nature à avoir faussé les conditions de la concurrence.

Les requérants faisaient en effet valoir qu'il s'agissait là d'un changement substantiel

intervenu durant la phase de négociation alors que le document programme laissait initialement la maîtrise d'ouvrage des travaux d'extension du réseau au seul concédant.

Il reste que, d'une part, la cour a brièvement mais effectivement répondu aux requérants et que, d'autre part, nous ne décelons aucune erreur de droit dans l'appréciation qu'elle a portée sur la question de savoir si ce transfert partiel de la maîtrise d'ouvrage de la commune au concessionnaire modifiait substantiellement les conditions de la mise en concurrence, qui est une simple question d'appréciation des faits de l'espèce⁸.

Les deux branches du moyen peuvent donc être écartées.

3.3. En quatrième lieu, le pourvoi estime que la cour a erré en ne recherchant pas si la durée de la convention était suffisante au regard des tarifs payés par les usagers du service public.

L'originalité de ce moyen réside dans le fait que, pour les requérants, la durée de la convention de DSP était trop brève – alors que c'est souvent le contraire qui est dénoncé.

Il reste que ni l'ordonnance du 29 janvier 2016 ni le décret du 1^{er} février 2016 alors applicables ne fixaient un minimum de durée pour les concessions, comme l'a relevé la cour sans commettre d'erreur de droit et en motivant suffisamment son arrêt, puisqu'elle n'était pas tenue de répondre expressément au simple argument suivant lequel les tarifs seraient plus élevés du fait de la brièveté de la concession.

3.4. Il est enfin soutenu que la cour a commis une erreur de droit et inexactement qualifié les faits en jugeant que la convention litigieuse transférerait à la société Veolia un risque d'exploitation et constituait ainsi une délégation de service public et non un marché public.

Vous savez qu'un contrat ne peut être qualifié de concession que s'il opère un transfert de risque d'exploitation vers le cocontractant de l'administration et vous contrôlez d'ailleurs la qualification juridique des faits constitutifs d'un tel transfert du risque caractérisant une délégation de service public (CE 24 mars 2022, *Commune de Toulouse*, n°449826, B).

Les requérants faisaient valoir assez classiquement que la clientèle d'un opérateur d'eau potable est captive et que, dans ces conditions, le concessionnaire n'assumait aucun risque d'exploitation. Vous savez cependant que le risque n'est pas seulement celui lié à la demande

⁸ qui relève de votre contrôle de l'EQJF – CE 21 février 2014, *Société Dalkia France*, n° 373159, T. p. 740

mais que le transfert de risque s'apprécie au regard des clauses du contrat. Or, en relevant – sans que cela soit critiqué sous l'angle de la dénaturation – qu'il ressort des stipulations en cause que le concessionnaire assume les différents risques liés à la fourniture du service et qu'il n'y a en particulier aucun mécanisme de compensation des charges et pertes, la cour n'a ni commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits.

Vous écarterez donc ce dernier moyen.

Et par ces motifs nous concluons au **rejet du pourvoi**, y compris de ses conclusions accessoires. Dans les circonstances de l'espèce, vous pourrez mettre à la charge de M. C..., qui est le seul visé par les conclusions des défenderesses au titre des frais d'instance, la somme de 1 000 euros à verser respectivement à la commune de Limoux et à la société Véolia.