

Conseil d'État**N° 464955****ECLI:FR:CECHR:2023:464955.20231013**

Mentionné aux tables du recueil Lebon

7ème - 2ème chambres réunies

Mme Christine Maugué , président
M. François Lelièvre, rapporteur
M. Marc Pichon de Vendeuil, rapporteur public
SCP MELKA-PRIGENT-DRUSCH, avocats

Lecture du vendredi 13 octobre 2023

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

M. Jean-Didier D... et le Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois ont notamment demandé au tribunal administratif de Montpellier d'annuler la convention portant délégation du service public de production et de distribution de l'eau potable conclue le 18 juillet 2017 entre la commune de Limoux et la société Veolia Eau. Par un jugement n° 1704085 du 24 octobre 2019, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté cette demande.

Par un arrêt n° 19MA05754 du 19 janvier 2022, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel de M. D... et du Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois, annulé ce jugement et rejeté leur demande.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 14 juin et 14 septembre 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. D... et le Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Limoux la somme de 3 500 euros à verser à la SARL Le Prado-Gilbert, leur avocat, au titre des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Marc Pichon de Vendeuil, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SARL Le Prado-Gilbert, avocat de M. D... et du Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois, la SCP Melka-Prigent-Drusch, avocat de la société Veolia - Compagnie générale des eaux et la SCP Guérin-Gougeon, avocat de la commune de Limoux ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que par une délibération du 22 juin 2017, le conseil municipal de Limoux a autorisé le maire à conclure une convention de délégation de service public pour la production et la distribution de l'eau potable avec la société Veolia Eau - Compagnie générale des eaux. Cette convention a été signée le 18 juillet 2017. Par un jugement du 24 octobre 2019, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté la demande de M. D... et du Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois tendant à l'annulation de cette convention. M. D... et

le Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint Hilairois se pourvoient en cassation contre l'arrêt du 19 janvier 2022 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté leur appel contre ce jugement.

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini. Le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini. Les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

Sur la qualification de la convention :

3. Aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors en vigueur : " Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix./ La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ".

4. D'une part, en tenant compte, parmi l'ensemble des éléments susceptibles de caractériser le transfert au concessionnaire d'une part de risque au sens des dispositions citées au point précédent, du fait que la société Veolia assume l'ensemble des responsabilités en cas de préjudice causé par une mauvaise exécution du service, la cour n'a pas commis d'erreur de droit. D'autre part, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, non arguées de dénaturation, qu'en vertu des stipulations du contrat litigieux, le délégataire assume la responsabilité du fonctionnement du service à ses risques et périls ainsi que de la gestion des équipements du service public qu'il exploite. Il en ressort aussi que le concessionnaire, qui ne perçoit aucune subvention de la part de la commune de Limoux, est rémunéré par les usagers en fonction notamment des volumes d'eau, dont la consommation est variable, et, par ailleurs, assume notamment le risque de factures impayées. En déduisant de l'ensemble de ces éléments que la part de risque transférée à la société Veolia - Compagnie générale des eaux impliquait une réelle exposition aux aléas du marché, la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce.

Sur la validité de la convention :

5. En premier lieu, d'une part, aux termes de l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales : " Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire ". Aux termes du I de l'article L. 1411-5 de ce code, dans sa version alors applicable : " Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre (...) / Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet 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 ". Et aux termes de l'article L. 1411-7 : " 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. ". D'autre part, aux termes de l'article L. 2121-12 du même code : " 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 Le délai de convocation est fixé à cinq jours francs. / En cas d'urgence, le délai peut être abrégé par le maire sans pouvoir être toutefois inférieur à un jour franc ".

6. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que dans les communes de 3 500 habitants et plus, la convocation aux réunions du conseil municipal doit être accompagnée d'une note explicative de synthèse portant sur chacun des points de l'ordre du jour. Le défaut d'envoi de cette note ou son insuffisance entache d'irrégularité les délibérations prises, à moins que le maire n'ait fait parvenir aux membres du conseil municipal, en même temps que la convocation, les documents leur permettant de disposer d'une information adéquate pour exercer utilement leur mandat. Cette obligation, qui doit être adaptée à la nature et à l'importance des affaires, doit permettre aux intéressés d'appréhender le contexte ainsi que de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leurs décisions. Lorsque la délibération concerne une convention de délégation de service public, tout conseiller municipal doit être mis à même, par une information appropriée, quinze jours au moins avant la délibération, de consulter le projet de contrat accompagné de l'ensemble des pièces, notamment les rapports du maire et de la commission de délégation de service public, sans que le maire ne soit tenu de notifier ces mêmes pièces à chacun des membres du conseil municipal.

7. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. D..., conseiller municipal de Limoux, a soutenu devant les juges du fond que faute pour le maire de lui avoir adressé, au moins quinze jours avant la délibération du 22 juin 2017 du conseil municipal, le projet de convention de délégation de service public, cette délibération aurait été adoptée en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-7 du code général des collectivités territoriales et que, par suite, la convention conclue le 18 juillet 2017 serait entachée d'un vice entachant sa validité. La cour administrative d'appel a écarté ce moyen en se bornant à relever qu'à supposer que M. D... n'ait pas reçu ce document, ce vice de procédure n'a pas eu d'incidence sur le sens du vote du conseil municipal et sans rechercher si M. D... avait été privé d'une garantie. En statuant ainsi, alors que l'information adéquate de l'ensemble des membres d'une assemblée délibérante, afin qu'ils puissent exercer utilement leur mandat, constitue, en principe, une garantie pour les intéressés, la cour a commis une erreur de droit.

8. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 6, le maire n'était pas tenu de notifier le projet de contrat aux conseillers municipaux mais seulement de les mettre à même, par une information appropriée, de le consulter quinze jours avant la délibération. Il suit de là que ce moyen d'appel était inopérant. Ce motif, qui répond au moyen invoqué devant la cour et n'appelle l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué au motif retenu par l'arrêt attaqué, dont il justifie également le dispositif.

9. En deuxième lieu, M. D... et le Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois ne sauraient utilement soutenir que la cour aurait commis une erreur de droit et dénaturé les faits en jugeant qu'il ne ressortait d'aucun texte ni d'aucun principe que la commune aurait renoncé à des subventions attribuées par le département, ce motif critiqué de l'arrêt de la cour étant surabondant.

10. En troisième lieu, aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors en vigueur : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ". Et aux termes de l'article 46 du même texte : " Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ". Aux termes de l'article 4 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, alors en vigueur : " I. Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère, pour définir l'objet, les spécifications techniques et fonctionnelles, les conditions de passation et d'exécution du contrat de concession, ainsi que le délai de remise des candidatures ou des offres et, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Ils comprennent notamment l'avis de concession, le cahier des charges de la concession et, le cas échéant, l'invitation à présenter une offre. / Toute modification des documents de la consultation est communiquée à l'ensemble des opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre ou à tous les soumissionnaires, dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres. / II. L'autorité concédante communique, au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des candidatures ou des offres, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sollicités en temps utile par les candidats ou soumissionnaires ".

11. D'une part, les concessions sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il lui appartient à ce titre d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres. D'autre part, au cours de la consultation, la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public peut apporter des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par

l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire.

12. En jugeant que l'autorité concédante avait pu, sans méconnaître les règles rappelées au point précédent, faire évoluer le projet de convention au cours des négociations pour confier une part de la maîtrise d'ouvrage au délégataire, alors que le document-programme remis aux candidats avant négociation la réservait à la commune, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit.

13. En dernier lieu, aux termes de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors en vigueur : " I. Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire. II. - Dans le domaine de l'eau potable (...), les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans (...)". Et aux termes de l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, alors en vigueur : " I. - Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel. / II. - Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat (...) ".

14. Ainsi que l'a jugé la cour, les dispositions citées au point précédent limitent la durée des concessions mais ne fixent pas une durée minimale à ces contrats. Elles n'ont pas non plus pour effet d'interdire par principe que la durée de la convention puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés. En relevant, pour écarter le moyen, qui n'était pas inopérant, tiré de ce que la durée de la convention aurait été insuffisante, que le délégataire parvenait à l'équilibre économique et financier global et qu'il n'était pas établi que la durée de la convention était insuffisante pour permettre un amortissement des investissements réalisés par le délégataire dans des conditions normales, la cour administrative d'appel, qui n'avait pas à répondre à l'ensemble des arguments de la requête, n'a ni commis d'erreur de droit ni entaché son arrêt d'insuffisance de motivation.

15. Il résulte de ce qui précède que M. D... et le Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois ne sont pas fondés à demander l'annulation de l'arrêt qu'ils attaquent.

Sur les frais du litige :

16. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la commune de Limoux qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de M. D... la somme de 1 000 euros à verser, d'une part, à la commune de Limoux et, d'autre part, à la société Veolia - Compagnie générale des eaux au titre des mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de M. D... et du Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois est rejeté.

Article 2 : M. D... versera la somme de 1 000 euros, d'une part, à la commune de Limoux et, d'autre part, à la société Veolia eau - Compagnie générale des eaux.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à M. A... D..., premier requérant dénommé, à la commune de Limoux et à la société Veolia eau - Compagnie générale des eaux.
