

Clarification sur la composition de la commission de DSP

Résumé

- L'article L. 1411-5 CGCT modifié élargit aux « agents compétents » la participation à une délégation de service public, y compris lors des phases délibératives.
- Quant à la présence de personnalités extérieures, la jurisprudence adopte une position qui ne devrait plus paralyser le processus décisionnel.
- D'emblée la portée de cette réforme s'annonce positive : une première étape vers l'extension de la participation à toute personnalité compétente ?

Mathieu Heintz,
chef du service juridique,
conseil général de l'Isère.

[Référence : loi n° 2006-1772 du
30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux
aquatiques]

Mots clés DSP | COMMISSION | COMPOSITION | PERSONNE COMPÉTENTE | PERSONNALITÉ EXTÉRIEURE |

En 2007, les commissions de délégation de service public vont retrouver une certaine sérénité lors de leurs séances. Jusqu'à peu, et suite à un arrêt du 15 juin 2004 rendu par la cour administrative d'appel de Marseille, les collectivités avaient intégré le fait que la présence d'agents territoriaux au sein de la commission était susceptible d'entacher d'irrégularité la procédure⁽¹⁾. La composition de la commission de délégation de service public est fixée par l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales. En application de cet article, y siègent le président ou son représentant, et cinq ou trois membres de l'assemblée délibérante. Sont également présents le comptable public et un représentant du ministre chargé de la concurrence. Aucun autre membre n'étant par ailleurs listé à cet article. Ainsi, à l'inverse des dispositions du code des marchés public⁽²⁾, le code général des collectivités territoriales (CGCT) n'autorisait pas expressément la participation de certains personnels administratifs ou de personnalités extérieures dans les commissions de délégation. Dans les faits, ce silence ne faisait pas obstacle à la présence des services de la collectivité lors des séances des commissions. Cependant, la cour administrative d'appel de Marseille, dans l'arrêt précité, sanctionna cette pratique, en considérant que la présence d'agents territoriaux au sein de la commission constituait une irrégularité substantielle⁽³⁾.

La loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques⁽⁴⁾ vient de corriger les effets de cette jurisprudence. Son article 56 complète l'article L. 1411-5 CGCT par un nouvel alinéa qui dispose désormais que « peuvent participer à la commission avec voix consultative, un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public ».

Nous rappellerons brièvement que cette commission intervient deux fois dans la procédure de délégation, d'abord pour dresser la liste des candidats admis à présenter une offre⁽⁵⁾, ensuite pour donner un avis sur les propositions des candidats⁽⁶⁾. À cet égard, cet ajout est fondamental. Il met un terme à une insécurité juridique qui pesait sur la composition de la commission, et par ricochet sur la régularité de la procédure elle-même. En effet, s'agissant d'un vice substantiel, cette dernière pouvait être annulée sur ce seul moyen (I). La présence des agents de la collectivité en commission est maintenant sécurisée, la jurisprudence ayant par ailleurs précisé le rôle des personnalités extérieures à la collectivité lors des commissions (II).

I. La commission de DSP : une composition discutée

La composition de la commission de délégation de service public est déterminée par l'article L. 1411-5 CGCT et précisée pour certaines modalités par les dispositions réglementaires de ce code (A). Retenant une lecture stricte de ces dispositions,

(1) CAA Marseille 15 juin 2004, Cne d'Alès-en-Cévennes, req. n° 00MA01382.

(2) Art. 22-V CMP.

(3) CAA Marseille 15 juin 2004, Cne d'Alès-en-Cévennes, préc.

Pour aller plus loin

Code général des collectivités territoriales annoté et commenté
4 classeurs, 4 mises à jour/an, Éditions du Moniteur

(4) JO n° 303 du 31 décembre 2006, p. 20285.

(5) Art. L. 1411-1-al. 3 CGCT.

(6) Art. L. 1411-5-al. 5 CGCT.

la jurisprudence a annulé des procédures au cours desquelles la commission s'était réunie en présence de personnes non membres (B).

A) La composition de la commission avant la réforme de 2006

Le code général des collectivités territoriales retient une composition de la commission de délégation de service public à peu près voisine de sa jumelle pour les marchés publics, la commission d'appel d'offres. On retrouve une distinction selon le type de collectivité, la désignation de suppléants et la présence de représentants de l'État.

Tout d'abord, lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus ou d'un établissement public, la commission est composée par le maire ou le président ou son représentant, qui préside, et par cinq membres de l'assemblée élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste⁽⁷⁾.

En revanche, s'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, la commission est composée par le maire ou son représentant, qui préside, et par trois conseillers municipaux élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

Par ailleurs, il est également procédé à l'élection de suppléants en nombre égal à celui des membres titulaires. Les modalités de désignation des membres titulaires et suppléants sont fixées par les dispositions réglementaires du CGCT. Il s'agit, d'une part, d'un scrutin de liste suivant le système de la représentation proportionnelle avec application de la règle du plus fort reste, sans panachage ni vote préférentiel⁽⁸⁾. En cas d'égalité de restes, le siège revient à la liste qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages⁽⁹⁾. En cas d'égalité de suffrages, le siège est attribué au plus âgé des candidats susceptibles d'être proclamés élus⁽¹⁰⁾. D'autre part, les listes peuvent comprendre moins de noms qu'il n'y a de sièges de titulaires et de suppléants à pourvoir⁽¹¹⁾. En outre, l'assemblée délibérante de la collectivité doit déterminer les conditions de dépôt des listes⁽¹²⁾. Cependant ces dispositions ne font pas obstacle à ce que les différents groupes politiques qui composent une assemblée délibérante s'accordent à présenter une liste unique de candidats pour siéger à la commission, à la condition que cette modalité respecte la règle du scrutin de liste⁽¹³⁾.

Enfin, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission, avec voix consultative⁽¹⁴⁾.

(7) *Le représentant du maire peut valablement siéger sur la base d'un simple mandat verbal* : CAA Bordeaux 18 décembre 2000, *Cne de Cilaos*, req. n° 99BX02002 et 99BX02149

(8) Art. D. 1411-3 CGCT.

(9) Art. D. 1411-3-al. 2 CGCT.

(10) Art. D. 1411-3-al. 3 CGCT.

(11) Art. D. 1411-4-al. 1 CGCT.

(12) Art. D. 1411-5 CGCT.

(13) CAA Bordeaux 5 décembre 2006, *M. Claude X.*, req. n° 03BX00118.

(14) Art. L. 1411-5-al. 4 CGCT.

Ainsi, avant que le législateur ne complète récemment la composition de la commission, aucun autre membre n'était expressément désigné. À la différence de ce qui est prévu pour la commission d'appel d'offres⁽¹⁵⁾, aucune disposition ne prévoyait explicitement la présence d'agents compétents de la collectivité. Cela a conduit le juge à sanctionner, dans le silence du CGCT, la présence en commission de personnes non membres.

B) L'irrégularité de la présence en commission de personnes non membres

Bien avant l'arrêt de 2004 de la cour administrative d'appel de Marseille (préc.) le juge administratif avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur la régularité de la présence de personnes non membres en commission⁽¹⁶⁾. La solution dégagée alors n'était guère surprenante relativement aux faits de l'espèce. En effet le président d'une société d'économie mixte candidate à la délégation de service public avait participé aux réunions de la commission. Dès lors, au regard du principe d'égalité de traitement entre les candidats, le juge a considéré que cette seule présence constituait un vice substantiel de la procédure.

Néanmoins, dans cette affaire avaient participé également à la commission de délégation, avec voix consultative, des personnes qui n'en faisaient pas partie : le directeur général des services techniques de la ville, le directeur départemental de l'agriculture et de la forêt, des élus municipaux. Or, à la lecture du jugement, il apparaît que le juge aurait pu ne pas sanctionner la présence de certains fonctionnaires en commission, abstraction faite du vice substantiel évoqué ci-dessus. Il a en effet jugé que « si la présence de certains fonctionnaires peut être considérée comme ayant été utile pour éclairer ladite instance, il n'est toutefois pas établi que toutes les personnes citées avaient une compétence particulière de nature à justifier leur présence ; qu'à ce propos leur nombre, parfois supérieur à celui des membres légalement désignés et leur qualité, sont de nature à faire considérer leur présence comme ayant pu exercer une influence sur la commission »⁽¹⁷⁾. En d'autres termes, le juge semble considérer que si seuls les fonctionnaires compétents dans la matière objet de la délégation avaient participé à la commission, leur présence n'aurait pas entaché d'irrégularité la procédure.

Telle n'a finalement pas été l'interprétation retenue par le juge d'appel. La cour administrative d'appel de Marseille, dans un arrêt du 15 juin 2004, constatant qu'avaient assisté aux réunions de la commission cinq personnes appartenant aux services de la commune (dont le secrétaire général et le directeur général des services techniques de la ville), a considéré que « la présence de ces personnes pendant toute la durée des réunions, quelles que soient par ailleurs leurs compétences dans le domaine faisant l'objet du contrat d'affermage, a entaché la procédure d'une

(15) *La participation des agents de la collectivité à la commission d'appel d'offres n'a d'ailleurs été intégrée que dans le CMP 2004.*

(16) *TA Strasbourg 2 septembre 1998, Asso. S. Eau S.*, req. n° 97-196, 97-197, et 97-306 ; *concl. J. Pommier*, BJC, 1999, n° 2, p. 196 et *com. C. M.*, p. 207

(17) *Id.*

irrégularité substantielle »⁽¹⁸⁾. Position qui fut confirmée par cette cour, quelques mois plus tard, et dans les mêmes termes⁽¹⁹⁾. En vertu de cette jurisprudence, et quand bien même les agents de la collectivité présentaient des compétences au regard de l'objet de la délégation, leur seule présence en commission rendait la procédure irrégulière.

Comme le relève le professeur Jean-David Dreyfus, « cette solution peut sembler sévère si on la compare aux dispositions en vigueur en matière de marchés publics. Pour la personne responsable du marché, la commission d'appel d'offres est une aide à la décision »⁽²⁰⁾. De ce point de vue, les agents ont vocation d'une part à éclairer la commission dans ses choix et, d'autre part, à effectuer toutes les tâches matérielles nécessaires à sa tenue (rédaction des procès-verbaux, ouverture des plis, recensement des documents constituant les offres, etc.). En conséquence, cette interprétation stricte pouvait avoir pour effet de paralyser le fonctionnement des commissions de délégation de service public. C'est pourquoi le gouvernement s'était engagé à faire modifier le code général des collectivités territoriales afin d'autoriser la participation des agents en commission. C'est précisément l'objet de l'article 56 de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques⁽²¹⁾.

II. La commission de délégation de service public : une composition sécurisée

Le CGCT prévoit désormais la présence des agents de la collectivité en commission de délégation de service public. En dehors de ce cas, la jurisprudence permet également d'organiser et de sécuriser l'intervention de tierces personnes, dont la compétence est nécessaire aux décisions de la commission.

A) La présence des fonctionnaires en commission de délégation

La loi sur l'eau a inséré à l'article L. 1411-5 CGCT un nouvel alinéa qui dispose que « peuvent participer à la commission avec voix consultative un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public ».

Cet ajout est le fruit d'un amendement parlementaire présenté en première lecture devant le Sénat⁽²²⁾. Le principe a été peu discuté, le gouvernement ayant fait part de son accord sur ce complément⁽²³⁾. Initialement, l'amendement ne précisait pas

quelle était l'autorité habilitée à désigner les fonctionnaires autorisés à siéger en commission. Cela a été l'objet d'un sous-amendement présenté par le gouvernement et tendant à ce que cette autorité soit le président de la commission⁽²⁴⁾.

En définitive, la régularité de la participation des agents à la commission est conditionnée à leur appartenance à la collectivité (qu'ils soient agents titulaires ou non), à leur désignation par le président de la commission et à leur compétence dans la matière objet de la délégation.

Le code est silencieux sur la forme de la désignation, qui devra au minimum être écrite. La sécurité juridique maximum impliquerait l'édiction d'un arrêté portant désignation des agents. Cependant, ne s'agissant pas en l'espèce d'une délégation de pouvoir, une simple lettre signée du président de la commission portant désignation de l'agent, et notifiée à ce dernier, devrait suffire. Désormais, en application de l'article L. 1411-5 CGCT, sont habilités à siéger en commission

- son président (l'exécutif ou son représentant) et trois ou cinq membres ;
- avec voix consultative, le comptable public de la collectivité et un représentant du ministère de la concurrence ;
- également avec voix consultative, des agents de la collectivité compétents dans la matière objet de la délégation.

L'on relèvera cependant que le législateur s'est contenté de ce seul parallélisme avec les règles relatives à la composition de la commission d'appel d'offres. Ainsi la possibilité de siéger à la commission n'a pas été étendue à des agents représentants d'autres administrations intéressées, ni à des experts privés. Nonobstant cette omission, une telle participation, dans certaines circonstances, n'entache pas pour autant d'irrégularité la procédure.

B) La présence de personnalités extérieures à la collectivité

Le législateur n'a pas prévu la participation, en commission, de personnalités extérieures à la collectivité. À l'inverse, le code des marchés publics 2006 autorise la participation aux réunions de la commission d'appel d'offres de membres d'un service compétent d'un autre pouvoir adjudicateur que celui qui passe le marché⁽²⁵⁾ ainsi que des personnalités en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la consultation, sans que soit exigée leur appartenance à la collectivité⁽²⁶⁾.

À tout le moins, il aurait été possible de s'inspirer d'un ajout également opéré par le code des marchés 2006 et, concernant le jury de concours, qui prévoit que celui-ci « peut auditionner toute personne susceptible de lui apporter des informations utiles »⁽²⁷⁾. Tel n'a pas été le cas. Le gouvernement exprimant

(18) *Préc.*

(19) *CAA Marseille 19 octobre 2004, Sété des eaux de Marseille, req. n° 03MA02333.*

(20) *J.-D. Dreyfus, « La présence de fonctionnaires territoriaux dans les commissions d'examen des offres de délégation de service public est-elle légale ? », AJDA, 11 octobre 2004, p. 1872, com. sous CAA Marseille 15 juin 2004, Cne d'Alès-en-Cévennes, req. n° 00MA01382.*

(21) *Préc.*

(22) *Amendement n° 177 présenté par C. Gaudin.*

(23) *JO Sénat, séance du 8 avril 2005.*

(24) *Id.*

(25) *Art. 23-I-1° CMP.*

(26) *Art. 23-I-2° CMP.*

(27) *Art. 24-IV CMP.*

sa volonté de dresser au préalable « le bilan [de la réforme] avant d'étudier une éventuelle extension de la composition de la commission à des experts publics ou privés »⁽²⁸⁾.

Malgré cela, la participation d'autres membres aux travaux de la commission peut être organisée sans entacher d'irrégularité la procédure. L'hypothèse concerne principalement le rôle que peuvent avoir des bureaux d'études, des assistants à maîtrise d'ouvrage, qui assistent la collectivité dans la procédure de délégation.

Plusieurs tribunaux administratifs avaient déjà jugé que des experts pouvaient participer à des séances préparatoires de la commission de délégation de service public sans que la tenue par la suite de la commission de délégation soit entachée d'un vice de procédure⁽²⁹⁾. Cette position a été récemment confirmée par le Conseil d'État⁽³⁰⁾. Ainsi la Haute Juridiction a considéré que « le cabinet d'études Merlin a pu régulièrement présenter le rapport d'analyse des offres qu'il avait été chargé d'élaborer lors de la réunion de la commission, prévue par l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, au cours de laquelle la conformité des offres au cahier des charges a été examinée ; que ce cabinet n'ayant pas participé à la réunion de la commission au cours de laquelle a été rendu l'avis sur le choix du candidat, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de

cette commission doit, par suite, être écarté »⁽³¹⁾. En vertu de cette jurisprudence, la commission peut régulièrement s'assurer l'appui de conseils extérieurs pour procéder à l'examen des candidatures et des offres et se faire présenter un rapport d'analyse, dès lors qu'elle statue hors la présence de ces tiers sur le choix des offres admises à la négociation⁽³²⁾.

Conclusion

La modification de l'article L. 1411-5 CGCT répond à une attente légitime des élus et des agents qui interviennent en matière de délégation de service public. L'impossibilité de faire siéger en commission des fonctionnaires, comme aide à la décision des élus, était d'autant moins compréhensible que les procédures de délégations de service public sont bien souvent plus complexes que celles des marchés publics. Cette présence des agents de la collectivité est désormais régulière, y compris lors des phases délibératives de la commission. Pour les personnalités extérieures à la commission, le Conseil d'État a adopté, on l'a vu, une position qui ne devrait plus à l'avenir paralyser le processus décisionnel.

Le bilan de cette réforme annoncé par le gouvernement pourra être certainement dressé dans les meilleurs délais. On imagine d'ailleurs difficilement les difficultés qui pourront être relevées, au contraire. Il sera alors temps de s'interroger sur l'extension de la participation aux séances des commissions, de toute personnalité compétente, y compris lors du choix des offres admises à la négociation. ■

(28) Rép. min. n° 74134 (JOAN du 21 février 2006, p. 1894).

(29) TA Strasbourg 16 mai 2005, Cie financière régionale c/Ville de Blotzheim, req. n° 0501860 et TA Caen 16 mai 2006, Groupement TPH Ulysse, TPRF Costa Ulysse Nice, req. n° 0402665 : cités par G. Eckert, comm. sous CE 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, req. n° 288459 : Contrats marchés publics, août-septembre 2006, p. 52

(30) CE 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, req. n° 288459, préc.

(31) Id.

(32) G. Eckert, préc.