

Composition, fonctionnement et rôle de la commission de la collectivité territoriale concédante

- Pour attribuer des concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés, le décret du 22 juillet 2009 prévoit que la collectivité territoriale concédante réunit une commission chargée d'émettre des avis sur les propositions reçues.
- Celui-ci est néanmoins silencieux sur les règles de composition, de fonctionnement et de compétence de la commission laissant ainsi une grande liberté, potentiellement porteuse de risques aux collectivités.

Auteur

Mathieu Heintz, avocats,
SCP Seban & Associés

Référence

Décret n°2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement

Mots clés

Marché public • Droit communautaire
• Concession d'aménagement •
Attribution • Collectivité concédante
• Commission • Composition •
Fonctionnement • Rôle •

Le décret n°2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement met en place trois régimes juridiques de passation de ces contrats⁽¹⁾. Au-dessous du seuil de 5 150 000 euros HT, il laisse le concédant libre de déterminer la procédure de passation adaptée. Au-dessus de ce seuil, il instaure, d'une part, une procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions, c'est-à-dire pour les concessions dans lesquelles le concessionnaire assume une part significative du risque économique de l'opération, d'autre part, et pour les autres concessions, une procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés. Pour l'attribution de ces concessions, le décret du 22 juillet 2009, dont les dispositions ont été codifiées dans le code de l'urbanisme, prévoit l'intervention d'une commission pour les collectivités territoriales concédantes. Cependant, la brièveté des dispositions consacrées à cette commission implique que des précisions soient apportées tant sur les règles relatives à sa composition, que sur celles portant sur son fonctionnement et sa compétence.

I. Composition de la commission

La composition de la commission de la collectivité concédante est fixée par le code de l'urbanisme. C'est l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme qui prévoit les règles de composition de cette commission pour les concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions. Pour les concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés,

(1) F. Linditch, « Concessions d'aménagement, l'unité des règles de passation préservée au mieux », JCP A, n°36, 31 août 2009, p.27.

alors que la commission devrait être celle prévue par le code général des collectivités territoriales en matière de contrat de partenariat, l'article R. 300-11-2 du code de l'urbanisme renvoie expressément à l'article R. 300-9 pour ce qui est de sa composition. Ainsi, la composition de la commission est identique pour ces deux procédures. Précisément, l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme dispose que « lorsque le concédant est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, l'organe délibérant désigne en son sein à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne les membres composant la commission chargée d'émettre un avis sur les propositions reçues ».

De prime abord, la lecture de cet article laisse à penser que la composition de cette commission est calquée sur un schéma classique que l'on retrouve également pour la commission d'appel d'offres ou la commission de délégation de service public. Elle est en effet composée de membres issus de l'assemblée délibérante, c'est-à-dire d'élus locaux, désignés par leurs pairs à la représentation proportionnelle, afin de garantir une représentation équilibrée des différentes sensibilités politiques qui composent l'assemblée de la collectivité locale.

Toutefois, cette représentation proportionnelle se fait à la plus forte moyenne, mécanisme qui avantage la majorité en place, tandis que la technique du plus fort reste (appliquée à la composition de la commission d'appel d'offres ou de délégation de service public) tend à favoriser les listes minoritaires. Mais surtout, cet article n'apporte aucune précision sur les règles essentielles de composition de cette commission que sont le nombre de ses membres, la présence de suppléants et de personnalités tiers. Le silence du texte sur ces points laisse aux collectivités une liberté d'organisation, dans le respect toutefois d'un certain nombre de principes généraux.

A) Les membres titulaires

En ce qui concerne le nombre de membres composant la commission, les collectivités pourront s'inspirer des règles applicables en la matière à la commission d'appel d'offres ou de délégation de service public. Ainsi, pour les régions, les départements, les communes de plus de 3 500 habitants ou certains établissements publics de coopération intercommunale (dont l'un des membres serait une commune de plus de 3 500 habitants), la commission pourrait être composée d'un président et de cinq membres, tous désignés par l'assemblée délibérante. Pour les communes de moins de 3 500 habitants, la commission pourrait être composée de quatre membres.

Pour les communes, il y a lieu de considérer que la présidence de la commission revient de droit au maire, conformément aux dispositions de l'article L. 2121-22 du code général des collectivités territoriales qui prévoient que cette autorité préside de droit les commissions formées par son assemblée⁽²⁾. Une fois la commission réunie elle pourra toutefois désigner un vice-président, qui présidera en cas d'absence ou d'empêchement du maire. Pour les autres collectivités, c'est la délibération portant création de la commission qui définira

(2) Art. L. 2121-22.

les modalités de choix de son président. Il devra être en tout état de cause désigné parmi les membres élus pour siéger à cette commission.

B) Les membres suppléants

Ensuite, la collectivité aura à statuer sur le point de savoir si elle souhaite désigner des suppléants aux membres titulaires. L'article R. 300-9 du code de l'urbanisme n'apporte pas de précision sur ce point. Mais la notion de membre utilisée dans cet article n'exclut pas selon nous que ce dernier puisse être soit titulaire, soit suppléant. Par analogie, le code des marchés publics attribue la qualité de « membre » tant aux titulaires qu'aux suppléants⁽³⁾. Toutefois, si la collectivité retient cette option, les suppléants devront être désignés selon les mêmes modalités que les membres titulaires, c'est-à-dire parmi les membres de l'assemblée délibérante à la représentation à la plus forte moyenne.

C) Les personnalités extérieures

Plus délicate en revanche est la question de savoir si la commission peut faire siéger ou participer d'autres personnes que celles désignées par l'assemblée délibérante. Concrètement, il s'agit de savoir si cette commission peut recueillir l'expertise des services de la collectivité ou d'un tiers assistant au maître d'ouvrage avant de rendre des avis. Sur ce point la jurisprudence avait sanctionné la présence en commission de délégation de service public de personnalités dont la présence n'était pas expressément prévue par l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales⁽⁴⁾ ; ce qui avait conduit le législateur à compléter les règles de composition de cette commission⁽⁵⁾.

Cependant, sous certaines réserves, la participation d'autres membres aux travaux de la commission pourrait être organisée sans entacher d'irrégularité la procédure d'attribution de ces concessions d'aménagement. 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 passation de la concession. En matière de délégation de service public, la Haute juridiction a considéré que la présence en commission d'un cabinet d'études pour présenter le rapport d'analyse des offres qu'il était chargé d'élaborer, n'a pas entaché d'irrégularité la procédure dès lors qu'il n'a pas participé à la réunion de la commission au cours de laquelle a été rendu l'avis sur le choix du candidat⁽⁶⁾.

En vertu de cette jurisprudence, la commission pourrait régulièrement s'assurer l'appui de conseils extérieurs avant d'émettre un avis sur les propositions reçues. Au-delà des règles relatives à la composition de la commission, les collectivités devront également s'intéresser à son fonctionnement et à ses compétences.

(3) Art. 22 CMP.

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

(5) M. Heintz, « Clarification sur la composition de la commission de DSP », CP-ACCP, n° 64, mars 2007, p. 44.

(6) CE 28 juin 2006, Synd. intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, n° 288459.

II. Le fonctionnement et les compétences de la commission

À l'instar de ce qui a pu être constaté pour les règles de composition de la commission, les lecteurs du décret du 22 septembre 2009 noteront qu'il est silencieux sur les règles relatives à son fonctionnement. Là encore, les collectivités devront préciser cet aspect. En revanche, le décret fixe les compétences de la commission, en distinguant selon qu'elle agit dans le cadre des procédures soumises au droit communautaire des concessions ou des marchés.

A) Le fonctionnement de la commission

L'absence de règles dans le code de l'urbanisme relatives au fonctionnement de la commission, implique pour chaque collectivité une liberté d'organisation. Toutefois, afin d'assurer la transparence des procédures – qui garantit l'égalité de traitement des candidats, un certain formalisme devrait encadrer son fonctionnement.

Ces règles devront principalement porter sur les délais de convocation, sur le quorum, et sur la tenue d'un procès-verbal. Les délais de convocation des membres de la commission à ses réunions sont l'un des aspects de leur fonctionnement auquel les collectivités devront particulièrement veiller. En effet, le code général des collectivités territoriales garantit un droit à l'information des élus. Or, ce droit ne peut en la matière s'exercer si les élus locaux concernés n'ont pas eu accès, préalablement et dans un délai raisonnable, aux informations concernant les décisions qu'ils seront amenés à prendre. Ce qui implique le respect d'un délai minimum de convocation. À titre d'exemple, l'on rappellera que ce délai est d'au moins cinq jours francs pour la commission d'appel d'offres et la commission de délégation de service public. Par ailleurs, il convient d'appliquer au fonctionnement de la commission une règle de quorum. En effet, c'est la présence d'au moins la moitié des membres de la commission qui garantira qu'un débat éclairé s'est déroulé, avant que la commission ne statue. Enfin, le principe de transparence imposera encore que la commission dresse un procès-verbal de ses réunions, retraçant le cas échéant la teneur de ses débats, et exprimant au final un avis.

Toutefois, dès lors que les collectivités auront fixé des règles de fonctionnement à leur commission, elles seront tenues de respecter ses règles quand bien même aucune norme supérieure ne les prévoit⁽⁷⁾. Elles devront donc veiller à ce que ces règles ne soient pas excessivement et inutilement contraignantes, au point de paralyser le fonctionnement de la commission ou en tout cas de peser sur ses modalités de délibérations.

(7) CE 15 octobre 1982, *Sté Affichage Giraudy* : DA 1982, n° 375.

B) Le rôle de la commission

La nature « concessive » ou non du contrat d'aménagement a pour effet que, à la différence de ce que prévoit le code de l'urbanisme pour la composition de la commission, ses compétences diffèrent selon que la procédure de passation des concessions d'aménagement est soumise au droit communautaire des concessions ou au droit communautaire des marchés. La commission a, dans le premier cas, une fonction purement consultative. En effet, l'article R. 300-9 code de l'urbanisme prévoit qu'elle est chargée d'émettre un avis sur les propositions reçues des candidats à la concession, préalablement à l'engagement des discussions. Pour rendre son avis sur ces propositions, elle pourra prendre en compte les capacités techniques et financières des candidats et leur aptitude à conduire l'opération d'aménagement projetée⁽⁸⁾.

En outre, son avis peut être recueilli à tout moment de la procédure, donc également pendant que le représentant de la collectivité conduit les discussions, et avant que l'organe délibérant ne choisisse définitivement le concessionnaire.

La procédure de passation des concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés suit, quant à elle, les dispositions applicables aux contrats de partenariat. Ainsi, aux termes du second alinéa de l'article L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales, la commission « dresse la liste des entreprises et groupements d'entreprises ayant soumissionné et qui sont admis à participer au dialogue défini à l'article L. 1414-7 ou L. 1414-8-1 [du code général des collectivités territoriales] ». Ainsi, dans cette procédure, la commission n'intervient que pour sélectionner les candidats qui participeront au dialogue. Son choix doit se faire en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence. Elle n'est en revanche plus compétente pendant ou à l'issue du dialogue pour se prononcer sur le choix de l'attributaire.

En définitive, et sur un plan strictement formel, c'est la brièveté des dispositions consacrées à la commission de la collectivité territoriale concédante qui retient l'attention. Partant, les collectivités devront élaborer leurs propres règles pour ce qui concerne sa composition et son fonctionnement. Cette conséquence peut d'ailleurs être regrettée. En effet, gageons que le silence des textes, et les interprétations qui en seront faites par les collectivités, feront l'objet dans le meilleur des cas de précisions doctrinales ou administratives, et dans le pire des cas, de contentieux. Les procédures d'attribution des concessions d'aménagement auraient gagné sur le terrain de la sécurité juridique à être plus précises. ■

(8) Art. R. 300-8 C. urb.