

LA *Semaine* JURIDIQUE

La pertinence de la sélection,
la fiabilité des analyses

Administrations et collectivités territoriales

8 OCTOBRE 2012, HEBDOMADAIRE, N° 40 - ISSN 1637-5114

Directeurs scientifiques :
Didier JEAN-PIERRE
Florian LINDITCH
Philippe BILLET
Hélène PAULIAT
Michel VERPEAUX

Rédacteur en chef :
Anne PELCRAN

2320 ENVIRONNEMENT

L'appel d'offres « éolien en mer »

Quelques réflexions à propos d'un nouvel
avatar juridique

Étude par Gaëlle GUÉGUEN-HALLOUËT et Nicolas BOILLET

2318 ADMINISTRATION / CITOYENS

Des données publiques, pas si publiques que cela...

CAA Lyon, 4 juill. 2012, n° 11LY02326, commentaire
par Jean-Michel BRUGUIÈRE

Également cette semaine

Services publics	
2323	L'obligation de se grouper pour candidater à une DSP : l'absence d'atteinte aux principes de la commande publique (CE, 13 juill. 2012, Cne Aix-en-Provence, comm. H. PAULIAT)
2324	L'intercommunalité et la gestion de l'eau dans l'est du bassin parisien (TA Montreuil, 31 mai 2012, Assoc. Coordination Eau Île-de-France, comm. J.-B. VILA et Y. WELS)

626 **Organisation administrative**
La RGPP est morte, vive la RGPP !
(aperçu rapide, P. VILLENEUVE)

2322 **Santé / Affaires sociales**
La mesure de retrait d'enfants confiés à un assistant familial n'est pas constitutive d'une sanction disciplinaire (CAA Lyon, 28 juin 2012, comm. L. POUILLAIN et B. FLEURY)

Président directeur général,
Directeur de la publication :
PHILIPPE CARILLON

Directeur éditorial :
GUILLAUME DEROUBAIX
(guillaume.deroubaix@lexisnexis.fr)

Directeurs scientifiques :
DIDIER JEAN-PIERRE,
FLORIAN LINDITCH, PHILIPPE BILLET,
HÉLÈNE PAULIAT, MICHEL VERPEAUX

Directeur de la rédaction :
MARIE-ASTRID D'EVRY
(marie-astrid.devry@lexisnexis.fr)

Rédacteur en chef :
ANNE PELCRAN (01.71.72.47.74)
(anne.pelcran@lexisnexis.fr)

Rédacteur en chef adjoint :
JULIEN MOREL (01.71.72.47.76)
(julien.morel@lexisnexis.fr)

Publicité :
DIRECTION COMMERCIALE : IM RÉGIE
23, RUE FAIDHERBE - 75011 PARIS
DIRECTRICE DE CLIENTÈLE : CAROLINE SPIRE
TÉL : 01 40 24 13 35
FAX : 01 40 24 22 70
c.spire@impub.fr

Correspondance :
LEXISNEXIS SA
LA SEMAINE JURIDIQUE
(ÉD. ADMINISTRATIONS
ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES)
141, RUE DE JAVEL
75747 PARIS CEDEX 15
jcpa@lexisnexis.fr

Relations clients :
TÉL : 0 821 200 700
0,112 € puis 0,09 €/min à partir d'un poste fixe
relation.client@lexisnexis.fr
www.lexisnexis.fr

Abonnement annuel 2012 :
• FRANCE (MÉTROPOLE) :
439,03 EUROS TTC (430 EUROS HT)
• DOM-TOM ET PAYS ÉTRANGERS :
464,40 EUROS HT
• PRIX DE VENTE AU NUMÉRO :
FRANCE (MÉTROPOLE, FRANCO) :
25,53 EUROS TTC (25 EUROS HT)
• RELIURES (CONTENANT 6 MOIS) :
FRANCE (MÉTROPOLE) : 24,27 EUROS TTC
DOM-TOM ET PAYS ÉTRANGERS :
25,30 EUROS HT
• TARIF ÉTUDIANT (70 % DE RÉDUCTION) :
<http://etudiant.lexisnexis.fr/>

LEXISNEXIS SA
SA AU CAPITAL DE 1.584.800 EUROS
552 029 431 RCS PARIS

Principal associé :
REED ELSEVIER FRANCE SA

Siège social :
141, RUE DE JAVEL
75747 PARIS CEDEX 15
EVOLUPRINT
PARC INDUSTRIEL EURONORD
10, RUE DU PARC
31150 BRUGUIÈRES

N° Imprimeur : 5136
N° Éditeur : 4987
Dépôt légal : λ PARUTION
Commission paritaire : N° 1014 T 82236



Nicolas Boillet, maître de conférences de droit public, UMR AMURE Centre de droit et d'économie de la mer M_101, Institut universitaire de la mer, université de Bretagne occidentale, est coresponsable du Master 2 Management et ingénierie du développement des territoires en Europe et enseigne le droit du littoral en Master 2 Droit des espaces et des activités littorales à l'université de Brest.

Jean-Michel Bruguière, professeur à l'université de Grenoble, directeur du CUERPI, consultant au cabinet Deprez, Guignot & Associés.

Christian Debouy, professeur à la faculté de droit et des sciences sociales de l'université de Poitiers (CERETE, EA 4237).

Charles-André Dubreuil, professeur de droit public à l'université d'Auvergne.



Lucienne Erstein, président du tribunal administratif de Montreuil. Elle est membre du comité de rédaction de la *Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*.



Benoît Fleury, professeur agrégé des facultés de droit, directeur général adjoint des services du conseil général de la Vendée. Il est membre du comité de rédaction de la *Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*.



Gaëlle Guéguen-Hallouët, maître de conférences de droit public, habilitée à diriger des recherches, UMR AMURE Centre de droit et d'économie de la mer M_101, Institut universitaire de la mer, université de Bretagne occidentale. Elle

enseigne à la faculté de droit de Brest depuis 1999. Co-directrice du département droit, elle est responsable des Masters. Elle enseigne le droit portuaire et le droit du domaine public maritime aux étudiants du Master 2 Droit des espaces et des activités maritimes.

Urbain Ngampto-Obélé-Bélé, maître de conférences en droit public à l'université Aix-Marseille.



Héliane Pauliat, professeur de droit public (OMU - Limoges).



Éric Péchillon, maître de conférences à l'université Rennes 1.

Laure Poullain, attachée territoriale à la direction juridique du conseil général de Vendée.



Mathieu Touzeil-Divina, est professeur agrégé de droit public à l'université du Maine (Le Mans) où il est co-directeur du laboratoire juridique Themis-Um (EA 4333) et directeur adjoint de l'école doctorale Pierre Couvrat (ED 88). Il préside le collectif l'Unité du droit (unitedudroit.org).



Jean-Baptiste Vila, maître de conférences, université Bordeaux IV Montesquieu, CERDARE.

Yann Wels, juriste conseil, est doctorant en droit public, CREAM, université de Montpellier.

Ce numéro comporte un « Cavalier offre promotionnelle Code civil 2013 »

COMITÉ DE RÉDACTION

Jean-Baptiste BLANC, avocat ; Solenne DAUCÉ, avocat, cabinet Seban & Associés ; Samuel DELIANCOURT, rapporteur public près la CAA de Marseille ; Lucienne ERSTEIN, président du TA de Montreuil ; Benoît FLEURY, DGA des services juridiques du conseil général de la Vendée ; Maurice FRANÇOIS, DGA de Nantes Métropole ; Michel GUÉNAIRE, avocat, cabinet Gide Loyrette Nouel ; Gaëtan HUET, consultant en finances locales ; Fleur JOURDAN, DGA chargée de l'unité « affaires juridiques, marchés, qualité » à la région Île-de-France ; Bruno KOEBEL, chef du service des achats de la commande publique de la ville et de la communauté urbaine de Strasbourg ; Jean-Pierre LEMOINE, inspecteur général de l'administration honoraire ; Philippe NEVEU, avocat ; Philippe NUGUE, avocat, cabinet Adamas ; Gilles PELLISSIER, maître des requêtes au Conseil d'État ; Christian PISANI, notaire ; Frédéric PLAS, responsable du service de l'aménagement urbain à la mairie de Blama ; Jean-François PLAYE, directeur juridique de la ville de Saint-Brieuc ; Frédéric POMER, administrateur civil ; Hugues PORTELLI, sénateur ; Jean-Marie REYNAUD, directeur général des services de la ville d'Aix-en-Provence ; Jean-Jacques URVOAS, député

l'activité en cause. C'est à « son initiative » et « sous son contrôle » que l'activité de refuge est liée à l'activité de fourrière, et c'est donc par son intervention que l'ensemble est érigé en mission de service public. Le service public demeure donc bien l'œuvre de la personne publique, ici la commune d'Aix-en-Provence, qui crée et qui contrôle l'activité de refuge-fourrière. On notera que la formule retenue par le Conseil d'État est un peu floue ; en indiquant que « *en déléguant cette activité* », la commune « *a érigé l'ensemble* » en mission de service public, l'on pourrait être tenté de comprendre que c'est la décision de déléguer les deux activités conjointement qui leur confère le caractère de mission de service public. Une telle interprétation n'est guère plausible, la délégation présupposant l'existence d'une mission de service public...

Le Conseil d'État n'a donc pas souhaité retenir une conception rigide des principes généraux de la commande publique lors de la passation d'une convention de délégation de service public. Il maintient ainsi une nette distinction entre ces conventions et les marchés publics ; confirmant l'absence d'obligation d'allotir, il fait surtout porter son contrôle sur les effets possibles d'une décision quant à son impact sur la concurrence.

Hélène PAULIAT,
professeur de droit public (OMIJ – Limoges)

MOTS-CLÉS : Services publics - Convention de délégation de service public

2324 L'intercommunalité et la gestion de l'eau dans l'est du bassin parisien : « Ensemble, c'est tout »¹

Si les associations d'usagers ont vu leurs actions juridiques contre les contrats de DSP en matière d'eau et/ou d'assainissement connaître ces dernières années des succès mitigés – voire en recul – s'agissant de la dénonciation d'actes détachables de contrats n'impliquant pas « nécessairement [leur] nullité » (CE, 19 déc. 2007, n° 291487, *Synd. intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais* : *JurisData* n° 2007-072874 ; *Rec. CE 2007, tables p. 943* ; *JCP A 2008, 2027*), certaines démarches juridiques obliques touchent parfois leur cible. L'annulation d'une délibération autorisant l'exécutif d'une communauté d'agglomération à adhérer à une structure syndicale, et par là même au mode de gestion de l'eau dont elle s'est dotée, l'illustre parfaitement. Au-delà des questions juridiques entourant le rapport de force qu'essaie d'établir l'association d'usagers « Coordination Eau Île-de-France » contre la communauté d'agglomération « Est Ensemble » et à travers elle, bien sûr, le Syndicat des eaux d'Île-de-France (SEDIF) et son contrat de DSP au droit de Veolia, se pose une série d'interrogations périphériques, portant aussi bien sur la transparence des modalités délibératives et décisionnelles d'adhésion à une structure syndicale, que sur la sécurisation concomitante des périodes ante et post annulation, dont l'analyse renvoie impitoyablement, douchant les espoirs des usagers « chicaniers », à cet extrait du fameux roman d'Anna Gavalda : « *Ils ne demandaient rien d'autre que d'être heureux ensemble. Même pas heureux d'ailleurs, ils n'étaient plus si exigeants. D'être ensemble, c'est tout* ».

TA Montreuil, 31 mai 2012, n° 1104429, Assoc. Coordination Eau Île-de-France

NOTE

1. Par une délibération en date du 30 novembre 2010, la communauté d'agglomération Est Ensemble (CAEE), a décidé de solliciter

1. A. Gavalda, *Le Dilettante*, mars 2004

son adhésion au SEDIF, syndicat gérant le service public de l'eau dans la région parisienne. C'est cette décision que l'association d'usagers Coordination Eau Île-de-France – après avoir tenté en vain d'obtenir l'annulation par le juge des référés de « *la délibération du président du SEDIF [l'autorisant à] signer un avenant au contrat de délégation de service public passé avec la société Veolia permettant à cette dernière d'assurer le service de la fourniture et de la distribution de l'eau sur le territoire des communes membres de la communauté d'agglomération Est Ensemble, sous la réserve expresse de l'adhésion effective de celle-ci au syndicat* » (TA Paris, ord., n° 1106738/9) – a décidé de contester. Elle en a obtenu l'annulation le 31 mai 2012 par le tribunal administratif de Montreuil.

2. Si l'acharnement de l'association d'usagers peut faire débat, l'annulation de la délibération de la communauté d'agglomération Est Ensemble n'en est pas moins riche d'enseignements, mais concomitamment porteuse d'interrogations. D'enseignements parce qu'il a été jugé, au travers de cette annulation, que la communauté d'agglomération avait manqué à son devoir de transparence, notamment en empêchant plusieurs personnes « *d'assister à la séance du conseil communautaire, sans pour autant que la communauté d'agglomération établisse que lesdites personnes souhaitaient perturber le bon déroulement de la séance* » ; d'interrogations ensuite, parce qu'on peut légitimement se demander quelles peuvent être les répercussions d'une telle annulation à la fois sur le fonctionnement du SEDIF (durant la période qui s'est écoulée), et sur les modalités du processus décisionnel que le conseil communautaire d'Est Ensemble va devoir observer (1) ; sur l'impact ensuite que pourrait avoir ce défaut d'adhésion sur un équilibre économique contractuel aujourd'hui suspendu (2), qui pourrait toucher les abonnés du SEDIF, soit 544 285 abonnés pour plus de 4 millions d'habitants, ou les seuls abonnés d'Est Ensemble – environ 38 000 pour une population évaluée à 400 000 personnes.

1. Une annulation d'adhésion à double détente

3. Si la question de la publicité des débats est clairement en ligne de mire de l'annulation (A), elle n'est pas moins de nature à générer une série d'interrogations toutes particulières quant aux décisions ayant pu être prises par le SEDIF durant la période pendant laquelle la communauté d'agglomération Est Ensemble en était membre (B).

A. - La question de la transparence

4. Saisir la question de la transparence impose en l'espèce de se replonger, au préalable, dans le feuilleton d'un service public car c'est d'abord une histoire d'eau. Celle du bassin parisien et plus spécifiquement de sa zone Est qui, à la fin de l'année 2009 (arrêté préfectoral du 17 décembre 2009 du préfet de Seine-Saint-Denis portant création de la communauté d'agglomération Est Ensemble), alors que vont se mettre en place les conditions d'une remise en concurrence par le SEDIF (qui couvre cette partie là des communes) de sa convention de régie intéressée dévolue à Veolia Eau (ex CGE), fait sécession au sein du département de la Seine-Saint-Denis, afin de se prémunir des retombées supposées funestes du « Grand Paris » imaginé par le pouvoir en place, et se constitue en communauté d'agglomération, qui va se doter, de la compétence Eau. Du jour au lendemain, l'architecture du puissant syndicat technique en place depuis près d'un siècle – le SEDIF datant de 1923 – se trouve bouleversée, ne semblant plus offrir à son syndicat historique l'exclusivité « d'exercer sur la totalité de son territoire, en lieu et place de toutes les communes et des EPCI adhérents, l'administration et la gestion du service public de l'eau potable comprenant la production et la distribution d'eau potable » (extrait de l'article 1^{er} des statuts du SEDIF), la création de la communauté d'agglomération Est Ensemble conformément aux dispositions de l'article L. 5216-7-I du Code général des collectivités territoriales, valant retrait des communes membres de celle-ci du SEDIF – soit pas moins de 9 communes (Bagnole, Bobigny, Bondy, le Pré-Saint-Gervais, les Lilas, Montreuil, Noisy-le-Sec, Pantin, Romainville) représentant 400 000 habitants, 9,3 % des volumes vendus, 7 % des abonnés, 6,1 % du linéaire (au sein du SEDIF).

5. En pleine phase d'appel d'offre et de mise en concurrence (le choix du nouveau délégataire devant être entériné au 2^e semestre 2010, avec la mise en place d'un nouveau contrat d'une durée de 12 ans ayant vocation à débiter au 1^{er} janvier 2011) du plus grand service public d'eau en France (800 000 m³ distribués chaque jour, 250 milliards de litres vendus en 2010, 580 millions d'euros de budget), cette dissidence n'a pas manqué d'être remarquée puisqu'elle exposait les candidats à la DSP du SEDIF à tenir compte de l'aléa lié à cette sortie du périmètre initial d'une part significative d'abonnés, le SEDIF à sécuriser la viabilité du processus concurrentiel, mais surtout Est Ensemble à déterminer son futur mode de gestion. Sur cette dernière question, deux alternatives semblaient envisageables avec différentes options. La communauté d'agglomération Est Ensemble pouvait d'abord ne pas demander son adhésion au SEDIF (la convention de régie intéressée et la convention provisoire d'eau conclue avec le SEDIF arrivant à échéance). La communauté d'agglomération aurait alors dû soit envisager de gérer en régie sa compétence (ce qui posait un problème de temps), soit de lancer une DSP (cette seconde option posant la même difficulté), soit encore de créer une SPL, soit, enfin, envisager de conclure un marché de services pour garantir la continuité du service public, le tout couplé avec une convention d'achat d'eau auprès du SEDIF ou bien auprès d'un autre fournisseur – le plus probable apparaissant alors comme étant Eau de Paris – les ressources d'Est Ensemble se révélant insuffisantes *ab initio*. La communauté d'agglomération Est Ensemble pouvait sinon décider de demander son adhésion au SEDIF et, par suite, ne pas exercer directement sa compétence eau – la question de la convention d'achat d'eau s'en trouvant par là même réglée. Au terme d'un lobbying intense, d'un audit controversé, de réunions publiques mouvementées, et contre l'avis d'usagers et d'une partie des élus communautaires tentés par l'indépendance, la communauté d'agglomération Est Ensemble choisit la seconde alternative. Partant, il lui fallut adopter une délibération portant adhésion au SEDIF.

6. En toute hypothèse, l'adoption d'une délibération portant adhésion d'un groupement de communes à une entité dont la compétence principale est de gérer le service public pose rarement des problèmes d'ordre public. Certains exemples démontrent pourtant le contraire. Le drame de Nanterre en 2002, mais également d'autres épisodes comme l'incident médiatisé de 2009, au cours duquel une personne portant une grenade active avait assisté au conseil municipal de la commune de Livry-Gargan sans faire de victime, peuvent certes éclairer rétrospectivement la tentation de l'exécutif de la communauté d'agglomération Est Ensemble de sécuriser à l'extrême la tenue des débats préalables à l'adoption de la délibération portant adhésion au SEDIF – surtout dans un contexte de forte mobilisation de la société civile dans le débat autour d'un retour en gestion publique de l'eau. Ce droit doit néanmoins rester compatible avec les dispositions de l'article L. 2121-18 du CGCT (applicable aux EPCI par renvoi de l'article L. 5211-1 du même code avec) qui prévoit la publicité des débats induit par le principe de transparence démocratique.

7. L'exécutif de la communauté d'agglomération Est Ensemble confronté à la pression des usagers a décidé de recourir aux dispositions de l'article 3-1 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983, aujourd'hui codifié à l'article L. 613-2 de l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure, en recourant à des agents de surveillance qui, « en cas de circonstances particulières liées à l'existence de menaces graves pour la sécurité publique – constatées par un arrêté du représentant de l'État dans le département ou, à Paris, du préfet de police – peuvent procéder, avec le consentement exprès des personnes, à des palpations de sécurité ».

8. Or, pour contraignante que puisse apparaître *prima facie* la pression d'un collectif d'usagers, de leaders syndicaux ou encore de journalistes, il n'a pas été constaté ici par un arrêté du représentant de l'État, l'existence de menaces graves pour la sécurité publique, et donc aucunement établi *ex ante* que lesdites personnes souhaitaient perturber le bon déroulement de la séance, ni établi d'ailleurs que les places destinées au public dans la salle était toutes occupées. Conséquemment, le juge administratif ne peut que constater que les palpations de sécurité imposées par les agents de la société privée, effectuées en méconnaissance de la réglementation, ont eu pour effet d'empêcher que des citoyens assistent à la séance du conseil communautaire, ce qu'il ne manque pas de sanctionner en l'espèce puisque la limitation ainsi induite s'est de fait révélée absolue, générale, disproportionnée à l'existence du trouble potentiel, et irrégulière. De là procède donc l'annulation de la délibération de la communauté d'agglomération Est Ensemble portant adhésion de celle-ci au SEDIF. Ce qui induit une série d'interrogations, parmi lesquelles la question du processus devant être mis en place à l'avenir pour coordonner impératifs sécuritaires pour troubles réels et transparence démocratique (la possibilité de retransmettre les séances du conseil par des moyens de communication audiovisuelle étant prévue par l'article L. 2121-18 du Code général des collectivités territoriales).

B. - La consistance de l'annulation

9. Si, au cas d'espèce, le juge de première instance sanctionne le non respect des modalités de transparence – seules à même de garantir juridiquement une adhésion indiscutable d'une communauté d'agglomération à un syndicat des eaux –, cet aspect ne permet pas, à lui seul, de saisir la portée de ce jugement. Un autre élément doit être relevé. Il s'agit de ce que nous pourrions nommer la consistance de l'annulation.

10. Certes, le juge de première instance annule une simple délibération du conseil de la communauté d'agglomération « Est Ensemble ». Mais celle-ci a bien évidemment des conséquences importantes relatives, en premier lieu, à la situation de ce regroupement

de collectivités territoriales vis-à-vis du Syndicat des eaux d'Île-de-France. L'annulation de cette délibération prive de tout fondement juridique les décisions prises par le syndicat des eaux qui engageaient la communauté d'agglomération. Se trouve ainsi posée la question de savoir comment cette dernière peut ou non inverser la tendance. Autrement formulé, devant quelles options juridiques se retrouverait la communauté d'agglomération si les suites juridictionnelles devaient confirmer ce jugement ? En réalité, elles sont de plusieurs sortes.

11. La première consisterait, pour la communauté d'agglomération, à rester dans la situation qui est la sienne aujourd'hui, c'est-à-dire ne pas relancer le processus d'adhésion au syndicat des eaux. Ce dernier pourrait ainsi demeurer certes un partenaire privilégié de la communauté d'agglomération dans certains domaines, tel que le service public de l'eau. Mais les relations juridiques seraient claires : la communauté d'agglomération ne serait pas à proprement parler un membre adhérent au Syndicat des eaux d'Île-de-France. Cette première hypothèse serait néanmoins battue en brèche eu égard aux investissements nécessaires à l'exploitation du service public de l'eau pour les membres de la communauté d'agglomération. Si celle-ci n'est pas membre du syndicat, le contrat conclu par ce dernier ne peut effectivement s'appliquer aux communes composant cette communauté d'agglomération. Les investissements financés par le délégataire ne le seront donc pas pour ces dernières et leur groupement devrait alors trouver les moyens de financer les biens nécessaires à l'exploitation de ce service public et son exploitation elle-même. Encore une fois, tout risque d'être une question d'opportunité. Si les investissements sont déjà existants mais doivent seulement subir quelques rénovations, la non adhésion au syndicat pourrait très bien ne pas être justifiée. Dans le cas contraire, la logique économique propre à un service public pourrait guider le choix de la communauté d'agglomération. Ce ne serait alors plus un choix mais un impératif : l'adhésion renouvelée au Syndicat.

12. Il s'agit là de la seconde hypothèse. Par-delà les motifs qui pourraient guider ce choix, la communauté d'agglomération pourrait choisir de relancer le processus d'adhésion au Syndicat des eaux d'Île-de-France. L'objectif d'une telle décision est à peine à expliciter : elle souhaiterait ainsi conserver le bénéfice de la conclusion du contrat de délégation de service public. Le terme « conserver » est pour autant peu adapté à la situation car il supposerait que la nouvelle adhésion pourrait avoir littéralement des effets rétroactifs, permettant ainsi de solutionner le problème de fond posé par le tribunal administratif qui ne se limite bien évidemment pas à l'annulation d'une délibération. Une telle solution, si elle est tentante pour les parties en présence (communauté d'agglomération Est Ensemble, le SEDIF et le délégataire), est cependant impossible. En effet, une délibération d'un conseil d'un groupement de communes ne peut avoir d'effet pour le passé que dans des cas très exceptionnels (v. en ce sens une délibération ayant des effets rétroactifs admise par le juge administratif eu égard à l'annulation de précédentes délibérations qu'il a sanctionnées, *CE, 9 avr. 2004, n° 252888, M. X c/ SIVOM du Riffaut*). Plus précisément, elle ne pourrait avoir d'effets que pour l'avenir et en aucun cas, à peine d'irrégularité susceptible d'être à nouveau sanctionnée par le juge administratif, un effet rétroactif permettant de revenir à la situation telle qu'elle était envisagée dans le contrat de délégation de service public (sur le fondement du principe de non rétroactivité des lois érigés au rang de principe général du droit depuis la célèbre affaire du journal *l'Aurore* : *CE, 25 juin 1948, Journal l'Aurore : Rec. CE 1948, p. 289 ; S. 1948, 3, p. 69, concl. Letourneur ; D. 1948, jurispr. p. 437, note M. Waline ; JCP G 1948, II, 4427, note Mestre*). Ce point admis, de nombreuses questions relatives aux conséquences de cette annulation de la délibération pourraient émerger à l'avenir si le jugement du tribunal administratif de Montreuil devait être confirmé en appel, voire en cassation.

14. Enfin, une dernière considération tient aux conséquences des décisions adoptées par le comité syndical du SEDIF ou son bureau durant la période de validité de l'adhésion, décisions auxquelles ont nécessairement participé un ou des délégués titulaire(s) représentant la CAEE au sein du SEDIF. Nonobstant les éventuelles négociations ayant permis une représentation – sectorielle ou encore exécutive avec la désignation d'un ou plusieurs membres du bureau, voire un éventuel vice-président – quelles peuvent être les incidences de l'annulation de l'adhésion de la CAEE sur la gouvernance du SEDIF, mais également sur la légalité des délibérations adoptées en présence des délégués de cette communauté pendant la période antérieure à l'annulation ? Deux hypothèses s'offrent alors : il est possible de considérer que soit jusqu'à l'annulation de l'adhésion et donc de leur qualité, les délégués pouvaient légitimement prendre part aux votes, par une solution dérivant du droit électoral ; soit c'est le principe même de la présence de ces élus qui est contesté *ab initio*, et, de manière rétroactive, toutes délibérations auxquelles ils auraient pris part doivent être frappées de nullité.

À défaut de jurisprudence définitive sur cette question, seules les conjectures interrogatives ci-dessus peuvent être envisagées.

2. Une annulation d'adhésion bi-directionnelle

15. À y regarder de plus près, et sous réserve des suites de l'appel, le jugement du tribunal administratif de Montreuil ne doit pas être appréhendé de manière linéaire, à partir d'une lecture stricte. Il pose d'autres questions. Elles sont bien entendu relatives aux conséquences de l'annulation de l'adhésion prononcée ici. En premier lieu, l'annulation de l'adhésion de la communauté d'agglomération soulève des problèmes en lien avec le contrat de délégation de service public conclu par le SEDIF. Nous le comprenons, cette annulation a, en premier lieu, des conséquences contractuelles insoupçonnables (A). Pour autant, elles ne sont pas isolées. En second lieu, des conséquences économiques sont à relever. Elles portent non seulement sur les modalités financières définies par les parties au contrat (business plan et équilibre contractuel) mais aussi sur les redevances perçues par le délégataire sur les usagers de la communauté d'agglomération dont l'adhésion est annulée (B).

A. - Conséquences contractuelles

16. L'annulation de la délibération portant adhésion de la communauté d'agglomération au SEDIF emporte des conséquences contractuelles évidentes car le fond de l'affaire est bien sûr la conclusion du contrat de délégation de service public de l'eau. Or, les effets du jugement en la matière sont de divers ordres. Ils concernent d'une part les relations établies entre le SEDIF et son délégataire (1) et, d'autre part, celles relatives à l'exploitation du service public de l'eau pour les membres de la Communauté d'agglomération « Est Ensemble » (2).

1° Les conséquences pour les relations contractuelles du SEDIF et de son délégataire

17. Comme cela a pu être exposé, la communauté d'agglomération « Est Ensemble » représente au sein du SEDIF un membre de première importance. Les enjeux de la sortie de la communauté d'agglomération d'Est Ensemble du SEDIF sont dès lors évidents. À première vue, ils opèrent une modification de l'économie générale du contrat puisque, en partant d'un taux de rentabilité qui devrait en principe se situer aux alentours de 10 % voire 15 %, la sortie de la communauté d'agglomération modifie substantiellement le *business plan* qui a pu être établi par le délégataire au moment de la conclusion du contrat. Si

l'annulation de cette délibération devait être confirmée en appel voire en cassation, il apparaît en conséquence que le SEDIF et son délégataire devraient *a minima* conclure un avenant pour en tenir compte et modifier *de facto* le périmètre du service public. Celui-ci devrait ainsi porter sur la période comprise entre le début du contrat et la date à laquelle l'annulation serait définitive. Au-delà, tout dépendrait bien entendu de la décision de la Communauté d'agglomération. Si elle devait confirmer une nouvelle adhésion, un avenant pourrait être adopté par les parties afin de rétablir l'équilibre initial négocié en amont. Dans le cas inverse, le premier avenant tenant compte de la sortie de la communauté d'agglomération aura permis de définir les nouvelles conditions contractuelles entre les parties. La conséquence la plus importante n'est cependant pas ici juridique, le droit permettant simplement, en la matière, d'encadrer les nouvelles relations contractuelles telles que résultant d'une décision de justice. Elles sont bien entendu économiques, financières et comptables (v. *infra* 2, B).

2° Les conséquences contractuelles pour la communauté d'agglomération « Est Ensemble » et l'exploitation de son service public

18. En ce qui concerne la situation de la communauté d'agglomération vis-à-vis de l'exploitation de son service public, les conséquences contractuelles d'une telle annulation sont quelque peu différentes. Elles sont au moins de trois ordres.

19. En premier lieu, se pose ici la question des investissements et de l'exploitation du service public de l'eau pour les usagers de la communauté d'agglomération durant la période comprise entre la signature du contrat et la date où l'annulation deviendrait définitive. En pareille hypothèse, de deux choses l'une : soit la communauté d'agglomération décide de ne plus adhérer pour l'avenir, auquel cas un solde financier (avec éventuellement une répétition de l'indu) pourrait être expertisé et conclu entre les parties ; soit elle décide d'adhérer à l'avenir et les parties pourraient trouver un terrain d'entente, certainement plus favorable à la communauté d'agglomération.

20. En second lieu, et seulement dans le cas de figure où la communauté d'agglomération déciderait d'adhérer à nouveau, se poserait la question du montage juridique temporaire permettant de solutionner la période comprise entre l'annulation de l'adhésion et le nouvel acte de participation. La solution la plus simple consisterait à assurer en régie directe l'exploitation du service public en attendant que les accords juridiques soient finalisés. Pour autant, la conclusion d'un marché de service conformément à l'article 1 du Code des marchés publics et des procédures serait tout aussi envisageable. Il s'agirait alors d'une solution transitoire. Cependant, la tentation risque d'être grande de conclure une convention de mandat sans aucune mise en concurrence et dans l'urgence afin de pallier le vide juridique. Les premiers échos de l'affaire laissent en tout cas penser que cette solution serait privilégiée. Pour autant, elle s'avérerait contraire aux principes élémentaires de la commande publique que sont la transparence, l'égalité de traitement et donc la mise en concurrence (v. par exemple CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 7505 ; *JurisData* n° 2000-300034 ; AJDA 2001, p. 106, note L. Richer). En effet, il ne s'agit pas seulement en l'espèce d'acheter de l'eau à un délégataire mais aussi d'autoriser l'exploitation, la distribution et la relève de compteurs. Une telle convention encourrait donc l'annulation et serait susceptible d'entraîner des poursuites pénales. Les parties en présence se doivent donc d'être extrêmement vigilantes sur les suites qu'elles donneront à ce jugement.

21. Enfin, en troisième et dernier lieu, se trouverait *de facto* posée la question du nouveau montage contractuel. Si la communauté d'agglomération décide d'adhérer à nouveau, elle pourrait intégrer le contrat de délégation de service public, en quelque sorte par absorption du SEDIF, et engendrerait la conclusion d'un avenant modifiant

les termes économiques et techniques du contrat. En revanche, si aucune nouvelle adhésion n'est envisagée, le montage juridique serait alors différent. Encore une fois, la communauté d'agglomération se retrouverait devant un choix. Elle pourrait, d'une part, conclure un contrat de délégation de service public pour l'exploitation de son service public de l'eau. Ce contrat pourrait même conduire à ce que le cocontractant soit le délégataire du SEDIF eu égard à l'*intuitu personae* qui caractérise les délégations de service public, avec cependant les risques pénaux déjà décrits qui l'accompagnent généralement. Elle pourrait, d'autre part, décider de l'exploiter en régie directe. Dans les deux hypothèses, la communauté d'agglomération aurait bien sûr la faculté de s'approvisionner auprès du délégataire du SEDIF. Ce dernier serait alors établi juridiquement à partir d'une convention éventuellement tripartite entre le SEDIF, son délégataire et la communauté d'agglomération. Quelques questions seraient alors soulevées en cas de problèmes dans l'exécution de cette prestation. La plus importante serait de connaître la qualité (usager ou client) de la communauté d'agglomération. La solution n'apparaît pas tranchée et laisse planer des incertitudes juridiques (telles que les procédures qui peuvent être utilisées, le juge compétent...). Dans une jurisprudence de 2006, le Conseil d'État a effectivement pu considérer qu'une collectivité territoriale (et pourquoi pas, par extension, un de ses groupements) devait avoir la qualité d'usager à raison des prestations fournies qui étaient nécessaires à l'exploitation de son service public de l'eau à raison d'une sorte de clientèle captive (CE, 28 juin 2006, n° 288459, *Synd. intercom. d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier* : *JurisData* n° 2006-070432 ; *Contrats-Marchés publ.* 2006, comm 232, note G. Eckert). Pour autant, la Cour de cassation a, elle, retenu un raisonnement quelque peu différent. En ce qui concerne l'approvisionnement en eau, elle considère que tout dépend en réalité du marché en présence (Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-20.262, *Synd. eaux Île-de-France c/ SARL Lyonnaise des eaux France* : *JurisData* n° 2007-041594). S'il est un marché géographique pertinent, la personne publique acheteuse d'eau aurait la qualité d'usager. À l'inverse, si le marché n'est que ponctuel et local, elle serait un simple client.

22. Si les conséquences contractuelles apparaissent pour le moins compliquées à envisager si l'annulation de cette adhésion devait être confirmée en appel ou en cassation, il ne fait cependant aucun doute qu'il en irait de même de ses effets économiques.

B. - Conséquences économiques

23. Les conséquences économiques de l'annulation de la délibération n° 2010/11/30-10 du 30 novembre 2010 du Conseil communautaire de la communauté d'agglomération Est Ensemble (CAEE) portant demande d'adhésion au SEDIF peuvent se résumer schématiquement par la remise en cause *ipso facto* des délibérations n° 2010-46 et 2010-48 du 16 décembre 2010 du comité syndical du SEDIF, portant respectivement approbation de la demande d'adhésion de la CAEE au SEDIF et de l'avenant au contrat de délégation de service public, autorisant le délégataire à intervenir sur le territoire de la CAEE pour assurer la fourniture et la distribution de l'eau et confirmant l'application aux abonnés du SEDIF et de la CAEE du tarif retracé par l'article 6 du projet d'avenant (annexe 46 du contrat de délégation de service public) faisant bénéficier les usagers d'un prix (parts SEDIF et délégataire) de 1,41 € HT / m³ (prix au 1^{er} janvier 2011) pour une consommation standard de 120 m³. C'est donc clairement toute la question de l'équilibre économique qui est ici posée.

24. Considérer l'annulation de la délibération portant adhésion de la CAEE au SEDIF impose de s'interroger sur la remise en cause du bénéfice de condition tarifaire préférentielle, induit par la seule adhésion. Quatre problèmes majeurs se posent alors.

La question de la tarification à venir pour les usagers de la CAEE, en dehors du SEDIF, et donc en dehors de l'application d'un tarif

préférentiel ? Sur ce point, c'est un retour pour la CAEE qui, de nouveau, se retrouve confrontée à la dissociation tarifaire entre production et distribution (intégrant gestion clientèle ; travaux neufs sur l'ensemble du réseau ; amortissement) avec des choix multiples – fourniture/production via Eau de Paris à un tarif estimé en 2010 entre 0,50 € et 0,60 € du m³, une distribution estimée entre 0,81 € et 0,91 € soit un ensemble compris entre 1,31 € / m³ et 1,51 € / m³ ; fourniture/production par le SEDIF et idem pour la distribution mais à quel coût ; fourniture mixte avec des incertitudes nombreuses quant à la répartition des volumes achetés entre les fournisseurs qui n'est pas connue pas plus que les prix, idem pour la distribution.

25. La question de la répercussion de cette annulation sur l'équilibre économique du contrat cadre entre le SEDIF et son délégataire se pose, notamment concernant les usagers du SEDIF, qui, du fait de la baisse substantielle de rémunération induite par la sortie des usagers de la CAEE, pourraient être sollicités, au même titre que le SEDIF d'ailleurs, pour couvrir en partie la distorsion issue du *delta* entre charge d'exploitation et résultat (puisque se pose également la question de la prise en charge de l'aléa, du risque au-delà des prévisions contractuelles initiales qui classiquement arbitre le subtil équilibre entre : « *ni gains assurés, ni pertes certaines* ». V. sur cette question, L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, éd. Bruylant, 2005, p. 1130)

26. *Quid* également, du cautionnement de l'assainissement aujourd'hui effectué par Veolia sur les factures d'eau – qui nécessiterait une nouvelle convention de facturation ?

27. *Quid* enfin, des modalités économiques et juridiques d'une tarification de gestion du service d'eau exercée depuis l'annulation sans titre (sauf réquisition ou convention) – s'apparentant à une convention de mandat – dont on n'imagine pas qu'elle ait fait l'objet d'une quelconque mise en concurrence ? (On retrouve là, les problématiques mises en exergue par l'avis du 13 février 2007 rendu par le Conseil d'État ; v. désormais annexe de l'instruction n° 08-016-M0 du 8 févr. 2012 rappelant : – l'indisponibilité présumée des compétences recouvrement / paiement dont sont investies les autorités publiques ; – l'utilisation conditionnée par une habilitation législative, autrement dit une loi, de telle dévolution de compétence – la nécessaire soumission d'une telle démarche à une mise en concurrence préalable, conformément au dispositif prévu dans le manuel d'application du Code des marchés publics).

28. Il n'est, dans cette perspective, aucunement acquis que la tarification préférentielle mentionnée *supra* ne soit pas la source de

contentieux multiples, quelle que soit l'issue de la procédure en cours, notamment le résultat de l'appel interjeté par la CAEE contre la décision d'annulation rendue par le TA de Montreuil. Rester « ensemble » risque, dans ces conditions, de se révéler compliqué, et la « juridiction » à laquelle on peut modestement tenter de donner corps met virtuellement les usagers des deux structures (syndicale et intercommunale) au cœur d'un débat ayant pour enjeu principal, au-delà de la pérennisation de la fourniture d'eau dans un cadre juridique sécurisé, la détermination du débiteur de la créance que le délégataire pourrait à bon droit faire valoir sur un montant de rémunération de fait amputé.

Conclusion

29. Si le jugement du tribunal administratif n'est qu'une étape dans ce feuilleton de l'eau et du contrat conclu par le SEDIF, il n'en demeure pas moins digne d'intérêt. Une lecture linéaire permet d'envisager les modalités d'adhésion d'une communauté d'agglomération à un syndicat des eaux. Par-delà les modalités concrètes de la décision d'adhésion, se cachent cependant d'autres problématiques dont il ne devra pas être fait abstraction par les juges d'appel voire de cassation. Ainsi en est-il des conséquences contractuelles qui conduisent à se demander sur quel fondement le délégataire peut continuer à assurer les missions du service public de l'eau sur le territoire d'une communauté d'agglomération qui n'entre alors plus dans le champ du service délégué. De la même manière, quel sort peut bien être réservé aux aspects économiques et financiers du contrat – tant pour les parties que pour les usagers – si l'annulation de cette adhésion devait être confirmée en appel ? En toute hypothèse, ce cas d'espèce qui n'est pas clos juridiquement risque de livrer des pistes intéressantes de réflexion sur les montages juridiques à mettre en place ou au contraire à éviter en pareille hypothèse. La responsabilisation des collectivités territoriales ou de leurs groupements est bel et bien effective...

Jean-Baptiste VILA,
maître de conférences,
université Bordeaux IV Montesquieu, CERDARE
Yann WELS,
juriste conseil et doctorant en droit public,
CREAM, université Montpellier I

MOTS-CLÉS : Services publics - Syndicat des eaux
Services publics - Service public de l'eau
Services publics - Intercommunalité

La Semaine juridique - Administrations et Collectivités territoriales directement dans votre boîte mail !

➔ INSCRIVEZ-VOUS DÈS MAINTENANT !

Pour recevoir votre revue au format électronique connectez-vous à l'adresse suivante :

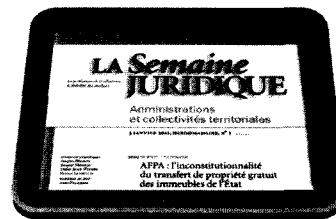
www.lexisnexis.fr/nl/e/sja.html

Offre réservée aux abonnés.

 LexisNexis

Informations complémentaires www.lexisnexis.fr • 0821 200 700

(0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe)



Recevez
gratuitement
chaque semaine votre revue
par courrier électronique.

Photo © ProfyART - Fotolia

552 029 431 RCS Paris

11107078 - 10/2011