

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON

**N° 13LY01309**

Inédit au recueil Lebon

**4ème chambre - formation à 3**

M. WYSS, président

M. Jean Paul WYSS, rapporteur

M. DURSAPT, rapporteur public

CGCB SCP COULOMBIE-GRAS-CRETIN, avocat(s)

lecture du jeudi 15 mai 2014

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la requête, enregistrée le 24 mai 2013, présentée par le préfet de la Côte d'Or ; le préfet de la Côte d'Or demande à la Cour :

1) d'annuler le jugement n°1202623 du 14 mars 2013 par lequel le Tribunal administratif de Dijon a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la convention conclue le 2 mars 2009 entre la commune de Semur-en-Auxois et la société Ecofinance collectivités et relative à la vérification des conditions d'application de la taxe sur la valeur ajoutée par le fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée et des modalités d'application de ladite taxe sur les subventions ;

2) d'annuler ladite convention ainsi que l'ensemble du marché public ;

Il soutient que :

- les conventions de gestion conclues par la commune constituent un marché public, dès lors qu'elles présentent un caractère onéreux et visent à répondre à un besoin de la commune ; ces opérations, en apparence distinctes, constituent un marché unique, en raison du caractère homogène des prestations ; le montant maximum des honoraires pour ces trois contrats est de 269 700 euros et dépasse le seuil de 206 000 euros fixé par l'article

40 du code des marchés publics dans sa version alors en vigueur ; ce marché de services relève d'une procédure formalisée, et non d'une procédure adaptée ; en application de l'article 40 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics et au journal officiel de l'Union européenne ; le marché en litige a été passé en violation des principes généraux de la commande publique et en contradiction avec les règles du code des marchés publics, dès lors que les conventions ont été passées sans règle de publicité et sans mise en concurrence ;

- le marché est entaché de nullité de ce fait ; c'est à tort que les premiers juges ont estimé que le vice résultant du défaut de publicité n'était pas de nature à avoir exercé une influence déterminante sur le choix de l'attributaire, dès lors que la publicité du marché aurait éventuellement permis à d'autres candidats de répondre et qu'il n'est ni démontré ni allégué que la société Ecofinance collectivités est en situation de monopole ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 24 juillet 2013, présenté pour la société Ecofinance collectivités, représentée par son gérant ; la société Ecofinance collectivités conclut au rejet de la requête et demande à la Cour de mettre à la charge de l'Etat une somme de 2 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- c'est à tort que les premiers juges ont retenu comme fondé le moyen tiré de l'absence de publicité et de mise en concurrence, dès lors d'une part que les trois contrats en cause ne constituent pas une unité fonctionnelle au sens de l'article 27 du code des marchés publics, car ils ne portent pas sur le même champ d'activité et sont indépendants les uns des autres du point de vue de leur exécution, et d'autre part que la valeur estimative du contrat était très inférieure aux seuils de 200 000 et de 20 000 euros hors taxe, la limite d'honoraires fixée par une clause-type étant distincte de la valeur estimée de la prestation ;

- à titre subsidiaire, le motif de rejet opposé par les premiers juges pourrait être confirmé, dès lors que la convention en litige a été entièrement exécutée, que le prix réel à verser n'excède pas le seuil au-delà duquel une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence était nécessaire, qu'une annulation avec effet rétroactif n'aurait que pour effet de contraindre les parties à engager de nouvelles diligences pour solder leurs relations sur des fondements quasi-contractuels et délictuels ; il appartient à la Cour, à défaut, de prononcer une résiliation ou une annulation avec effet différé afin d'éviter qu'il soit porté une atteinte excessive aux droits des cocontractants ;

- la demande de première instance est irrecevable pour tardiveté ; le contrat n'étant pas soumis à obligation de transmission au titre du contrôle de légalité, le délai de déféré a commencé à courir à la date à laquelle il a acquis un caractère exécutoire, soit lors de sa signature le 2 mars 2009 ; le préfet doit être regardé comme ayant eu connaissance acquise du contrat au plus tard le 23 juillet 2013, date de signature de son recours gracieux, et n'établit pas sa réception par la commune dans le délai de recours contentieux ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 2 août 2013, présenté pour la commune de

Semur-en-Auxois, représentée par son maire ; la commune de Semur-en-Auxois conclut au rejet de la requête et demande à la Cour de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le motif, non contesté par le préfet, tiré de ce que l'annulation rétroactive du marché, qui a été entièrement exécuté, porterait une atteinte excessive à l'intérêt général, suffit à justifier le jugement ; au regard du fait que la convention a été totalement exécutée et du montant des prestations effectivement acquitté, inférieur au seuil au-delà duquel une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence était nécessaire, l'annulation était une solution disproportionnée ;

- le préfet ne démontre pas que le vice résultant du défaut de publicité aurait exercé une influence déterminante sur le choix de l'attributaire ;

- le déféré préfectoral est irrecevable ; le préfet a été informé dès le 10 mars 2009 de l'existence de la mission confiée à la société Ecofinance collectivités ; le choix de ne pas déférer cette décision implique la tardiveté du déféré ; à titre subsidiaire, la demande de retrait a été introduite le 23 juillet 2012 alors que le Tribunal a été saisi le 22 novembre 2012 ; la convention n'avait pas à faire l'objet d'une transmission compte tenu de son montant ;

- à titre subsidiaire, les conventions ne forment pas un marché unique, dès lors qu'elles ne portent pas sur le même champ d'activité et sont indépendantes les unes des autres du point de vue de leur exécution ; la valeur estimative de ces marchés était inférieure à 20 000 euros ;

- le moyen tiré de l'absence de transmission au contrôle de légalité n'est pas fondé et est inopérant ; le moyen tiré de ce que l'attributaire ne justifie pas de l'agrément prévu par l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 n'est pas fondé car elle est titulaire d'un certificat de qualification pour les opérations de conseil et tous les intervenants sont des juristes ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 8 octobre 2013, présenté par le préfet de la Côte d'Or, qui conclut aux mêmes fins que sa requête, par les mêmes moyens ;

Il soutient en outre que son déféré est recevable, dès lors que l'absence de contrôle de la décision d'attribution n'empêche pas d'introduire un recours dirigé contre le marché lui-même ; que le délai de recours n'a commencé à courir que lorsque le dernier contrat a été transmis à ses services ; que l'entière exécution d'un marché ne fait pas obstacle à son annulation par le juge ; il n'est pas démontré qu'une annulation porterait une atteinte excessive aux droits de la commune ou de son cocontractant ;

Vu l'ordonnance en date du 20 novembre 2013 fixant la clôture de l'instruction au 5 décembre 2013 ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 4 décembre 2013, non communiqué, présenté pour la commune de Semur-en-Auxois, qui conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens ;

Vu le courrier adressé aux parties le 19 décembre 2013, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative ;

La Cour a informé les parties qu'elle était susceptible de relever d'office l'irrecevabilité des conclusions nouvelles en appel présentées par le préfet de la Côte d'Or, tendant à l'annulation de " l'ensemble du marché public ", en ce qu'elles viseraient à l'annulation des conventions conclues entre la commune de Semur-en-Auxois et la société Ecofinance collectivités relatives à l'optimisation des revenus domaniaux de la commune et à l'optimisation des coûts sociaux et à l'analyse des charges sociales de la commune ;

Vu le courrier adressé aux parties le 17 janvier 2014, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative ;

La Cour a informé les parties qu'elle était susceptible de relever d'office le moyen tiré du vice entachant le contrat déferé qui repose sur une cause illicite, la société Ecofinance ne pouvant exercer une mission consistant en une prestation de consultation juridique sans méconnaître les dispositions des articles 54 et suivants de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 ;

Vu le mémoire, enregistré le 12 mars 2014, présenté pour la commune de Semur-en-Auxois, non communiqué ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 ;

Vu le décret n°2008-171 du 22 février 2008 ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 10 avril 2014 ;

- le rapport de M. Wyss, rapporteur

- les conclusions de M. Dursapt, rapporteur public,

- les observations de MeC..., représentant la société Ecofinance collectivités ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 14 avril 2014, présenté pour la société Ecofinance collectivités ;

1. Considérant que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Dijon a rejeté le déféré du préfet de la Côte d'Or tendant à l'annulation de la convention conclue le 2 mars 2009 entre la commune de Semur-en-Auxois et la société Ecofinance collectivités, relative à la vérification des conditions d'application de la taxe sur la valeur ajoutée par le fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée et des modalités d'application de ladite taxe sur les subventions ;

Sur la recevabilité de la requête :

2. Considérant que le préfet n'a demandé, en première instance, que l'annulation de la convention relative à la vérification des conditions d'application de la taxe sur la valeur ajoutée par le fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée et des modalités d'application de ladite taxe sur les subventions ; qu'il demande en appel l'annulation de cette convention " ainsi que de l'ensemble du marché public " ; que, ce faisant, il doit être regardé comme visant les autres conventions conclues entre la commune de Semur-en-Auxois et la société Ecofinance collectivités relatives, d'une part, à l'optimisation des revenus domaniaux de la commune et à l'optimisation des coûts sociaux et, d'autre part, à l'analyse des charges sociales de la commune ; que, cependant, alors même qu'il y a lieu de tenir compte de ces contrats pour apprécier, de manière globale, si le seuil imposant la mise en oeuvre de mesures de publicité est dépassé, et partant si ces contrats devaient être transmis au contrôle de légalité, le préfet n'est pas recevable à demander, pour la première fois en appel, l'annulation de ces deux autres contrats, qui sont au demeurant divisibles du marché en litige ;

Sur les fins de non-recevoir opposées au déféré préfectoral :

3. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que la demande de première instance est signée par M. A...qui avait reçu, par arrêté préfectoral du 10 janvier 2012 publié le même jour au recueil des actes administratifs, délégation pour signer tout document relevant des attributions de l'Etat dans le département de la Côte d'Or, à l'exception des déclinatoires de compétence et des arrêtés de conflit ; qu'il avait, dès lors, reçu délégation pour signer la demande ;

4. Considérant, en deuxième lieu, que la commune de Semur-en-Auxois ne conteste pas avoir reçu le recours gracieux produit par le préfet, daté du 23 juillet 2012 et qu'elle évoque même, dans ses écritures, " la demande de retrait (...) introduite le 23 juillet 2012 " ; que, par suite, l'attributaire du contrat en litige ne peut sérieusement soutenir que ce recours gracieux n'aurait pas été envoyé ; qu'il n'est pas contesté que ce courrier n'a pas fait l'objet d'une réponse expresse ; qu'une décision implicite de rejet étant née le 23 septembre 2012, la demande de première instance, enregistrée au greffe du Tribunal le 22 novembre, soit

moins de deux mois suivant la naissance de cette décision, ne saurait être tardive du seul fait du délai écoulé entre le recours gracieux du préfet et la saisine du Tribunal ;

5. Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales que le préfet dispose d'un délai de deux mois à compter de leur transmission pour déférer au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 du même code, parmi lesquels figurent les " conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat " ; que le seuil applicable en l'espèce était celui fixé par l'article 1er du décret n° 2008-171 du 22 février 2008, soit 206 000 euros hors taxe ; que ce seuil doit être apprécié en tenant compte, s'agissant d'un marché de services, de la valeur totale des services qui peuvent être considérés comme homogènes, soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle, au sens de l'article 27 du code des marchés publics ; qu'aux termes du VI de l'article 27 du code des marchés publics : " Pour les marchés à bons de commande comportant un maximum, la valeur à prendre en compte correspond à ce maximum " ;

6. Considérant que la convention litigieuse, qui a un caractère onéreux et vise à répondre à un besoin de la commune de Semur-en-Auxois, constitue un marché public ; qu'il résulte de l'instruction qu'outre le marché en cause, la commune de Semur-en-Auxois a passé deux autres marchés ayant pour objets respectifs l'optimisation des coûts sociaux et l'optimisation de la gestion domaniale ; que ces marchés, visant à optimiser les ressources et les dépenses de cette collectivité après avoir procédé à un audit et à une étude juridique, répondent à une même logique de métier et remplissent la même fonction économique et technique ; qu'ils relèvent, par suite, d'une catégorie homogène de services au sens de l'article 27 du code des marchés publics ;

7. Considérant que la convention en cause précise que chaque recommandation faite par Ecofinance collectivités et mise en oeuvre par la commune est considérée comme objet d'une commande ; que, s'agissant de contrats devant être regardés comme des marchés à bon de commande, la valeur à prendre en compte correspond aux honoraires maximums prévus par ces trois contrats ; que la commune et la société Ecofinance collectivités ne peuvent, dès lors, utilement se prévaloir du montant réellement acquitté en application de ces trois contrats ou de l'évaluation des honoraires susceptibles d'être perçus par cette société ; que le montant maximum des honoraires de l'attributaire étant fixé, pour chaque marché, à la somme de 89 900 euros hors taxe, le montant maximal de ces trois marchés atteint 269 700 euros ; qu'il excède, par suite, le seuil de 206 000 euros hors taxe ;

8. Considérant qu'il est constant que le contrat en litige n'a pas été transmis au contrôle de légalité ; que la transmission de la décision relative à l'attribution du contrat, ainsi que la renonciation du préfet à déférer cet acte détachable, sont sans incidence sur le délai de recours contentieux applicable au contrat lui-même ; que, dans ces conditions, le recours gracieux formé par le préfet et la saisine du Tribunal ne sont pas tardifs ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les fins de non-recevoir opposées par la

commune de Semur-en-Auxois et la société Ecofinance collectivités doivent être écartées ;

Sur le bien-fondé du jugement :

10. Considérant qu'aux termes de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée : " Nul ne peut, directement ou par personne interposée, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé, pour autrui : 1° S'il n'est titulaire d'une licence en droit ou s'il ne justifie, à défaut, d'une compétence juridique appropriée à la consultation et la rédaction d'actes en matière juridique qu'il est autorisé à pratiquer conformément aux articles 56 à 66./ Les personnes mentionnées aux articles 56, 57 et 58 sont réputées posséder cette compétence juridique./ Pour les personnes exerçant une activité professionnelle réglementée mentionnées à l'article 59, elle résulte des textes les régissant./ Pour chacune des activités non réglementées visées à l'article 60, elle résulte de l'agrément donné, pour la pratique du droit à titre accessoire de celle-ci, par un arrêté, pris après avis d'une commission, qui fixe, le cas échéant, les conditions de qualification ou d'expérience juridique exigées des personnes exerçant cette activité et souhaitant pratiquer le droit à titre accessoire de celle-ci. " ; qu'aux termes de l'article 60 de la même loi : " Les personnes exerçant une activité professionnelle non réglementée pour laquelle elles justifient d'une qualification reconnue par l'Etat ou attestée par un organisme public ou un organisme professionnel agréé peuvent, dans les limites de cette qualification, donner des consultations juridiques relevant directement de leur activité principale et rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire nécessaire de cette activité. " ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la prestation réalisée par la société Ecofinance collectivités consistait en la vérification des conditions d'application des règles de régularisation de la taxe sur la valeur ajoutée par le fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée et les modalités d'application de la taxe sur la valeur ajoutée sur les subventions ; que cette mission relève dans son ensemble d'une activité de consultation juridique ; que, si la société Ecofinance collectivités a fait valoir devant le premier juge qu'elle bénéficie d'une qualification accordée par l'organisme professionnel de qualification des conseils en management sur son activité finances et que les prestations étaient effectuées par des juristes, cet agrément ne l'autorisait à effectuer des consultations juridiques qu'à titre accessoire de son activité principale ; que, par suite, le contrat conclu entre les deux parties était contraire aux dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1971 et reposait dès lors sur une cause illicite ;

12. Considérant que saisi de conclusions d'annulation d'un contrat, notamment par le représentant de l'Etat, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité de ce contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler totalement ou partiellement le contrat, le cas échéant avec un effet différé ;

13. Considérant que, comme il a été dit, le marché en litige repose sur une cause illicite ; qu'il n'est ni soutenu ni même allégué que son annulation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants ; que, par suite, le préfet de la Côte d'Or est fondé à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont rejeté sa demande ; qu'il y a lieu d'annuler le jugement et, par la voie de l'effet dévolutif de l'appel, d'annuler le marché déferé ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

14. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Cour fasse bénéficier la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais exposés à l'occasion du litige soumis au juge et non compris dans les dépens ; que, dès lors, les conclusions de la commune de Semur-en-Auxois et de la société Ecofinance collectivités, qui sont parties perdantes dans la présente instance, doivent être rejetées ;

DECIDE :

Article 1er : Le jugement n°1202632 du Tribunal administratif de Dijon en date du 14 mars 2013 est annulé.

Article 2 : La convention conclue le 2 mars 2009 entre la commune de Semur-en-Auxois et la société Ecofinance collectivités est annulée.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié au ministre de l'intérieur, à la commune de Semur-en-Auxois et à la société Ecofinance collectivités.

Copie en sera adressée au préfet de la Côte d'Or.

Délibéré après l'audience du 10 avril 2014, où siégeaient :

- M. Wyss, président de chambre,
- MM. D...et B...E..., présidents-asseesseurs,

Lu en audience publique, le 15 mai 2014.

”

”

”



”

N° 13LY01309

N° 13LY01309

**Abstrats** : 135-01-015-02-02 Collectivités territoriales. Dispositions générales. Contrôle de la légalité des actes des autorités locales. Déféré préfectoral. Délai du déféré.

39-02-005 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés. Formalités de publicité et de mise en concurrence.

39-08 Marchés et contrats administratifs. Règles de procédure contentieuse spéciales.