

N° 355655

Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 28 mars 2012

Lecture du 9 mai 2012

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, Rapporteur public

Le syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude a conclu, le 31 juillet 2009, avec la société Séché Eco Industrie un contrat ayant pour objet la conception, la réalisation et l'exploitation d'un centre de traitement des déchets. La délibération du conseil syndical qui avait autorisé la signature de cette convention a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, présenté par des tiers n'ayant pas la qualité de « concurrent évincé ». Le tribunal administratif de Montpellier a annulé cette délibération par un jugement du 3 décembre 2010, pour méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, qui prévoient que « *les montants et les modes de calcul (...) des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiées* » dans la convention. Les demandeurs n'ayant pas présenté de conclusions aux fins d'injonction, les premiers juges n'ont pas eu à se prononcer sur les conséquences d'une telle annulation sur le sort du contrat. Le syndicat a fait appel ; l'affaire est pendante devant la cour de Marseille.

Quoi qu'il en soit, le syndicat a estimé qu'une régularisation était possible. Il a donc pris une nouvelle délibération, approuvant rétroactivement le contrat initial, autorisant rétroactivement sa signature et autorisant de surcroît la signature d'un avenant ayant pour objet de préciser le montant et le mode de calcul de la redevance d'occupation du domaine public due par le délégataire, ainsi d'ailleurs que de modifier l'emprise du projet. Cette

délibération, en date du 12 avril 2011, a été transmise au contrôle de légalité le 18. Toutefois, l'avenant a été signé dès le 13 avril, et n'a été reçu en préfecture que le 13 mai.

Le préfet a demandé, en vain, au président du syndicat de retirer la délibération et de reprendre ab initio toute la procédure. Puis il a saisi le tribunal administratif d'une demande d'annulation de la délibération du 12 avril, de l'avenant signé le 13 avril, et du contrat lui-même. Il a assorti cette demande de conclusions aux fins de suspension de ces actes.

Le juge des référés du tribunal administratif a rejeté ces conclusions en raison de la tardiveté du déféré. Il s'est fondé sur le fait que les avocats du syndicat avait rejeté le recours gracieux du préfet, par un courrier en date du 22 juillet 2011, alors que le déféré n'avait été enregistré au greffe du tribunal que le 5 octobre.

Le préfet a fait appel, puisque cette voie est ouverte s'agissant des conclusions aux fins de suspension dont peut être assorti un déféré préfectoral.

Le juge des référés de la cour administrative d'appel a confirmé le caractère tardif du déféré en ce qui concerne tant le contrat conclu en 2009 que la délibération du 12 avril 2011. En revanche, il a jugé que la lettre signée par les conseils du syndicat ne pouvait avoir déclenché le délai de recours, puisqu'elle n'émanait ni du président, ni d'aucune autre autorité ayant qualité pour agir au nom et pour le compte du syndicat. Il a donc considéré que le déféré était recevable, en tant qu'il était dirigé contre l'avenant. Et il a fait droit à la demande de suspension, au motif que paraissait, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'avenant le moyen tiré de l'absence de transmission au préfet, préalablement à sa signature, de la délibération du conseil syndical autorisant celle-ci. Rappelons que la condition de l'urgence ne s'applique pas à la demande de suspension présentée à l'occasion d'un déféré préfectoral

L'ordonnance est tout d'abord contestée en tant qu'elle se prononce sur la recevabilité du déféré préfectoral. Selon le syndicat, le juge des référés de la cour a commis une erreur de droit, car les avocats du syndicat sont intervenus pour le compte de leur client, et n'avaient pas à justifier d'un quelconque mandat à cet effet. Dès lors, leur courrier constituait bien un rejet du recours gracieux, qui a enclenché le délai de recours contentieux.

Vous écarterez ce moyen.

Certes, lorsque l'avocat représente son client devant une juridiction, il est « *cru sur sa robe* », pour reprendre l'expression usuelle, sans avoir à justifier de son mandat (cf. CE, Section, 29 novembre 1991, Syndicat des commerçants non sédentaires de la Savoie, p. 414). Vous avez également jugé que les avocats, qui, aux termes de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, « *peuvent assister et représenter autrui devant les administrations publiques* », n'ont pas davantage à justifier de leur mandat dans ce cadre (CE, 5 juin 2002, M. Brandeau, n° 227373, p. 206).

Mais lorsqu'est en cause l'édition d'une décision administrative par une personne publique, qui obéit à de rigoureuses règles de compétence, de forme et, le cas échéant, de procédure, cette décision ne peut évidemment pas être prise par le mandataire de la collectivité. Or, le refus opposé à la demande du préfet de rapporter une délibération, qui s'analyse en réalité comme le refus de l'exécutif d'inviter l'organe délibérant à procéder à son retrait (cf. CE, 6 décembre 1995, Préfet des Deux-Sèvres c. Commune de Neuvy-Bouin, p.), constitue bien une décision administrative. Un courrier de l'avocat de la collectivité ne peut s'y substituer. Dans la même logique, c'est parce que la décision d'opposer la prescription quadriennale constitue bien une véritable décision administrative que l'avocat, pourtant mandataire de la personne publique, n'a pas compétence pour invoquer cette prescription dans le cadre d'une instance juridictionnelle (CE, 29 juillet 1983, Ville de Toulouse, p.).

D'ailleurs, en l'espèce, le courrier en cause, qui se bornait à développer une argumentation juridique en réponse à celle du préfet, ne se présentait pas comme une décision de refus prise pour le compte de la commune.

Sur ce point, le juge du référé n'a donc pas entaché d'erreur de droit son ordonnance, laquelle est suffisamment motivée.

Le second moyen de cassation, tiré de ce qu'il aurait commis une erreur de droit en regardant comme remplie la condition tenant à l'existence d'un doute sérieux, est un peu plus délicat.

Voici quelques mois encore, vous considérez que le déféré préfectoral, y compris lorsqu'il est dirigé contre un contrat, présentait le caractère d'un recours pour excès de pouvoir, en application de la jurisprudence issue de la décision de section Commune de Sainte-Marie du 26 juillet 1991 (p. 302). Par une décision du 23 décembre dernier, Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités locales et de l'immigration, vous avez tiré les conséquences de l'évolution récente du contentieux des contrats en jugeant qu'un tel recours relevait du contentieux de pleine juridiction.

Dans ce cadre – nous citons ici le considérant de principe de votre décision – *« il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; 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 cas échéant avec un effet différé, le contrat. »*

Vous avez donc calé la rédaction de votre décision sur celle de la décision d'assemblée Société Tropic Travaux Signalisation du 16 juillet 2007, à la seule réserve du pouvoir d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, qui n'a pas de sens dans le cadre du déféré.

Le recours « Tropic Travaux » peut être assorti d'une demande de suspension sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, et donc avec les conditions de droit commun : l'urgence et le moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. Votre décision de 2007 pose le principe sans en fixer le mode d'emploi, au contraire de votre décision de section Commune de Béziers du 21 mars 2011, relative à l'action en reprise des relations contractuelles. Dans cette dernière hypothèse, il ne suffit pas qu'il existe un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation pour que la condition soit remplie : *« il incombe au juge des référés d'apprécier si, en l'état de l'instruction, les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles. »*

Vous n'avez pas eu l'occasion, à ce stade, de vous prononcer explicitement sur la question de savoir quelle est la logique qui devait être retenue dans le cadre d'un référé suspension « Tropic Travaux ». Pour notre part, nous estimons qu'est certainement propre à créer un doute sérieux, justifiant la suspension du contrat, le moyen qui, en l'état de l'instruction, est de nature à conduire à son annulation, voire à sa résiliation, sans que des considérations d'intérêt général paraissent y faire obstacle. A l'opposé, n'a pas ce caractère le moyen tiré de l'irrégularité de l'acte détachable préalable à la conclusion du contrat, s'il apparaît avec évidence que cette irrégularité, compte tenu de sa portée, n'est pas au nombre de celles que le juge du fond regarderait comme rejaillissant sur la validité du contrat. Il en va de même du vice qui a été régularisé à la date à laquelle le juge statue. Rappelons que, par votre décision Commune de Divonne-les-Bains du 8 juin 2011 (à publier au recueil), vous avez jugé que la personne publique *« s'il s'agit notamment d'un vice de forme ou de procédure propre à l'acte détachable et affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement, (...) peut procéder à sa régularisation ; qu'elle peut ainsi (...) adopter un nouvel acte d'approbation avec effet rétroactif, dépourvu du vice ayant entaché l'acte annulé. »* Est visée dans cette décision l'hypothèse où l'acte détachable a été annulé par le juge de l'excès de pouvoir ; mais nous ne voyons pas ce qui pourrait empêcher la collectivité de procéder à une régularisation à titre préventif. La question est plus ouverte pour l'irrégularité susceptible d'être régularisée, mais qui ne l'a pas été : le juge des référés doit-il écarter le moyen, au motif que la personne publique peut régulariser, ou accueillir le moyen, quitte à ce que la suspension soit levée une fois la régularisation effectuée, si elle l'est ? Dans le sens de la seconde solution, on peut relever que la régularisation est une faculté, non une obligation, et qu'une collectivité pourrait souhaiter ne pas y procéder, notamment si ses projets ont changé. De plus, les inconvénients éventuels liés à une suspension du contrat peuvent être gérés à travers l'examen de la condition d'urgence. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que le juge des référés est souvent amené à se prononcer à un moment où le contrat n'a pas encore reçu de commencement d'exécution, ce qui peut limiter les inconvénients tenant à une suspension provisoire qui peut être levée à tout moment si les conditions n'en sont plus remplies. Mais on peut aussi concevoir une suspension à effet différé, permettant la régularisation sans interrompre l'exécution du contrat.

S'agissant du référé préfectoral, la rédaction de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, auquel renvoie l'article L. 554-1 du code de justice administrative, utilise également la notion de *« moyen propre à créer un doute sérieux »*. La seule différence

– mais elle est de taille – est que le préfet n’a pas à justifier de la condition d’urgence et que la suspension est de droit si l’unique condition est remplie (ce qui signifie qu’en l’état de votre jurisprudence, le juge des référés ne peut pas ne pas suspendre, contrairement à la possibilité dont il dispose dans le cadre du droit commun ; cf. sur ce dernier point CE, 29 mars 2004, Commune de Soignolles-en-Brie et autres, n° 258563, T.¹).

A partir du moment où vous avez transformé le déféré préfectoral contre un contrat en recours de plein contentieux, laissant ainsi au juge la possibilité de moduler la sanction en fonction de la gravité de l’illégalité et de l’atteinte à l’intérêt général que pourrait causer son annulation, la grille de lecture « Tropic Travaux » est a priori transposable, à ceci près que le juge des référés ne peut pas jouer sur l’absence d’urgence et est « tenu » par l’existence d’un moyen propre à créer un doute sérieux.

Ceci étant, le juge des référés est ici un juge du contrat. En tant que juge du fond, il peut, on l’a vu, demander à la collectivité de procéder à une régularisation et, s’il résilie ou annule le contrat, y procéder avec effet différé. Le dispositif n’exclut donc pas, selon nous, une suspension à effet différé.

Ces quelques pistes étant esquissées, quel sort le juge du référé suspension doit-il faire au moyen tiré de ce que la délibération autorisant la signature du contrat ne lui a été transmise que postérieurement à celle-ci ?

La loi du 2 mars 1982 a substitué à la tutelle a priori du préfet sur les actes des collectivités territoriales la simple faculté, pour le représentant de l’Etat, de déférer au tribunal administratif « *les délibérations, arrêtés, actes et conventions qu’il estime contraires à la légalité* ». Dans sa première version, la loi prévoyait que ces actes étaient exécutoires de plein droit, avant même leur transmission au représentant de l’Etat. Le Conseil constitutionnel a considéré que ces dispositions « *privaient l’Etat, fût-ce temporairement, du moyen d’exercer les prérogatives qui lui sont réservées par l’article 72 (alinéa 3) de la Constitution* », en faisant obstacle à ce que son représentant soit en mesure de connaître leur teneur et puisse, s’il

¹ Postérieurement au prononcé de ces conclusions, le Conseil d’Etat a jugé, par une décision de section Commune de Conflans-Sainte-Honorine du 16 avril 2012, que le juge des référés peut écarter, à titre exceptionnel, la demande, même si l’un des moyens invoqués paraît propre à créer, en l’état de l’instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée, lorsque la suspension de l’exécution de cette décision porterait à l’intérêt général une atteinte d’une particulière gravité.

y a lieu, en saisir sans délai la juridiction administrative (décision n° 82-137 DC du 25 février 1982).

Dans ce cadre, vous avez jugé, par votre avis de section Préfet de la Côte-d'Or du 10 juin 1996 (p. 198), que « *l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illégalité dudit contrat* » et qu' « *entachés d'illégalité, de tels contrats (...) ne peuvent être régularisés ultérieurement par la seule transmission au préfet de la délibération du conseil municipal.* »

Cette décision nous paraît être à la jonction de deux jurisprudences :

- la jurisprudence traditionnelle selon laquelle sont illégales les décisions administratives individuelles prises sur le fondement de textes non encore entrés en vigueur, contrairement aux actes réglementaires (cf. pour un rappel postérieur CE, Section, 30 juillet 2003, Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs, p.) ;
- et la jurisprudence qui déduisait mécaniquement la nullité du contrat de l'incompétence de son signataire.

La seconde a connu quelques évolutions.

D'une part, lorsqu'un tiers, qu'il s'agisse du concurrent évincé ou désormais du préfet, dispose d'un accès direct au juge du contrat, ce dernier dispose d'une batterie de mesures à sa disposition, la sanction de l'annulation étant l'arme ultime.

D'autre part, vous avez jugé, avec votre décision d'assemblée Commune de Béziers du 28 décembre 2009, que si « *l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* », ce seul vice, « *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel.* »

Ceci étant, et même si votre décision Commune de Béziers est fichée, selon nous à tort, comme abjurant purement et simplement la décision Préfet de la Côte-d'Or, il faut bien avoir à l'esprit qu'elle a été rendue dans le cadre d'un litige portant sur l'exécution du contrat

Elle ne préjuge donc pas, selon nous, des conséquences de l'illégalité lorsque c'est le préfet lui-même qui s'en prévaut dans le cadre d'une action contentieuse ayant pour objet l'annulation du contrat. Et vous n'avez pas infirmé, en 2009, le principe, posé en 1996, selon lequel la transmission ultérieure de la délibération ne régularise pas la procédure.

Ce serait pourtant la solution la plus simple : la transmission de la délibération, postérieurement à la signature du contrat, purgerait l'irrégularité, et il n'y aurait donc même plus lieu de s'interroger sur les conséquences de celle-ci quant au sort du contrat.

Des arguments d'opportunité pourraient vous faire privilégier cette approche.

En premier lieu, on peut relever que de nombreux contrats n'entrent pas dans le champ de vision du préfet.

Dans la rédaction actuelle du code général des collectivités territoriales, sont seuls soumis à l'obligation de transmission au contrôle de légalité, s'agissant des communes : « *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* » (cf. le 4^o de l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales)².

Le seuil est aujourd'hui fixé à 200 000 euros par l'article D. 2131-5-1.

Par ailleurs, pour les marchés publics, quel que soit leur montant, l'organe délibérant peut donner délégation à l'exécutif durant toute la mandature. Ainsi, pour les marchés inférieurs à 200 000 euros, il n'y a transmission au préfet ni du contrat ni, lorsque joue la délégation, d'une délibération autorisant à le signer.

² Les dispositions sont identiques pour les départements et les régions : cf. les articles L. 3131-2 et L. 4141-2

Surtout, l'obligation de transmission préalable ne constitue en réalité, pour le préfet, qu'une garantie assez virtuelle, puisqu'il faut et il suffit qu'elle ne précède que de quelques heures la signature du contrat.

S'il s'agit simplement de permettre au préfet de s'assurer de façon plus éclairée de la légalité du contrat, il faut et il suffit que la délibération lui soit transmise en temps utile pour qu'il puisse former un recours contre le contrat lui-même. Concrètement, pour les contrats entrant dans le champ de la commande publique, la demande de suspension présentée par le préfet entraîne de plein droit leur suspension si elle est présentée dans les 10 jours ; il suffirait donc que la délibération soit produite avant l'expiration de ce délai, pour que le préfet puisse faire usage de cette possibilité. Dans cette logique, le vice serait donc régularisable.

Mais, à tort ou à raison, l'exigence constitutionnelle est autre : la délibération n'est pas exécutoire tant qu'elle n'est pas transmise au contrôle de légalité. L'obligation n'est pas de transmettre la délibération ; elle est de ne pas signer le contrat tant que la délibération n'est pas transmise. Sauf à renoncer à la jurisprudence constante selon laquelle, d'une part, la légalité d'un acte s'apprécie à la date à laquelle il a été pris et, d'autre part, des décisions non réglementaires ne peuvent être légalement prises sur la base de dispositions non exécutoires, la décision de signer le contrat avant la transmission de la délibération au préfet, lorsque celle-ci est requise, est bien illégale, et cette illégalité, juridiquement, ne saurait être régularisée du seul fait de la transmission ultérieure de la délibération.

Au surplus, juger que la transmission ultérieure régularise la procédure permettrait aux collectivités territoriales de méconnaître systématiquement et sans risque juridique l'obligation qui est la leur. Si vous avez transformé la nature du déferé préfectoral, en le faisant passer d'un recours pour excès de pouvoir à un recours de plein contentieux, cette nécessaire mutation ne doit pas conduire à affaiblir le contrôle de légalité.

Ceci étant, quelles conséquences tirer de l'illégalité de la décision de signer le contrat ?

Rien n'interdit, à notre sens, aux parties, si elles s'avisent de cette illégalité, soit spontanément, soit à l'initiative du préfet, d'y remédier, en dénouant leurs relations

contractuelles et en signant, après la transmission de la délibération, un nouveau contrat qui pourra être la copie conforme du précédent, si ce dernier n'a pas reçu le moindre commencement d'exécution, ou qui, le cas échéant, tirera les conséquences de ce début d'exécution. S'il s'agit d'un marché public, les dispositions du code s'opposent à ce qu'il soit conclu à titre rétroactif. En revanche, il en va différemment pour d'autres contrats, puisque « aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que des stipulations d'un contrat produisent des effets rétroactifs entre les parties, à condition que ces effets ne s'étendent pas à des personnes qui ne seraient pas parties au contrat » (CE, Section, 19 novembre 1999, Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et Télécommunications, p. 354 ; dans le même sens CE, 14 mai 2008, M. et Mme Daviet, n° 284362, T. : une stipulation rétroactive applicable aux seules parties au contrat ne fait pas obstacle à l'exercice par le préfet de son contrôle de légalité). Dans tous les cas de figure, la collectivité n'aurait pas, selon nous, à réenclencher une procédure de mise en concurrence, celle-ci n'étant aucunement affectée par l'illégalité ayant affecté la signature du contrat. On nous objectera qu'une telle démarche est extrêmement formaliste ; mais il s'agit de tirer les conséquences de la méconnaissance d'une obligation qui si elle l'est tout autant, puise sa source au sommet de la hiérarchie des normes !

Si les parties laissent le contrat en l'état, l'irrégularité ayant consisté à l'avoir signé avant la transmission de la délibération au contrôle de légalité, est selon nous susceptible de déboucher sur l'annulation du contrat, au moins lorsqu'elle est invoquée par le préfet, qui doit disposer de la possibilité juridique de faire respecter ses prérogatives constitutionnelles. Mais elle n'aura pas nécessairement cette conséquence. On retombe ici dans le droit commun du recours « Tropic Travaux », dans sa déclinaison préfectorale. L'illégalité est, à notre sens, grave, mais des motifs d'intérêt général peuvent justifier, malgré cette gravité, que le contrat suive son cours, notamment si est en cause la continuité du service public. Au stade du référé, il revient au juge compétent, au titre du moyen propre à créer un doute sérieux sur la validité du contrat, de rechercher si l'illégalité est d'une gravité suffisante pour justifier son annulation ou sa résiliation. Mais ce ne peut être une démarche in abstracto, puisque le mode d'emploi de la décision Tropic Travaux commande de prendre en compte l'atteinte à l'intérêt général qui pourrait en résulter. Par suite, dans ce contentieux très particulier qu'est le contentieux tendant à l'annulation d'un contrat, la condition du moyen propre à créer un doute sérieux impose au juge de procéder à une pesée qu'il a plutôt l'habitude de pratiquer au stade de l'examen de la condition d'urgence ; pesée à l'horizon de la décision d'annulation, mais

aussi, inévitablement, pesée avec un horizon immédiat. Ainsi, concrètement, si est en cause une convention de délégation de service public dont l'interruption abrupte serait gravement préjudiciable aux intérêts des usagers, il nous semble que le maniement du moyen propre à créer un doute sérieux peut conduire le juge à refuser de prononcer la suspension du contrat.

En l'espèce, n'était plus en cause le contrat initial, mais un simple avenant, qui avait pour objet de contourner les difficultés liées à l'annulation, par le tribunal administratif, de la délibération autorisant la signature du contrat. Eu égard à son office, tel que vous l'avez défini par votre décision de section Communauté d'agglomération de Saint-Etienne du 29 novembre 2002 (p. 421), et, pour le déféré préfectoral, par votre décision Commune de Pointe-à-Pitre du 15 octobre 2004 (T.), le juge des référés, après s'être livré à une appréciation souveraine des faits, n'a pas commis d'erreur de droit en relevant que la transmission tardive de la délibération n'avait pu régulariser la procédure et que le moyen tiré de l'absence de transmission au préfet de la délibération autorisant la signature de l'avenant avant l'intervention de celle-ci était propre à créer un doute sérieux sur la validité de cet avenant.

Si vous nous suivez, dans le cadre juridique que vous aurez ainsi défini, il sera toujours possible au syndicat de demander au juge des référés de lever la suspension s'il apporte des éléments suffisamment consistants quant à la gravité de l'atteinte à l'intérêt général qu'implique la suspension de l'avenant.

PCMNC au rejet du pourvoi et au rejet des conclusions de la société Séché Industrie tendant à l'application de l'article L. 761-1 du CJA.