

Nature d'un jugement rendu sur déféré préfectoral lorsque le préfet défère un contrat administratif

Christine Maugüé
Rémy Schwartz, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat

Quelle est la nature d'un jugement rendu sur déféré préfectoral lorsque le préfet défère un contrat administratif ? S'agit-il d'un recours en excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux ? Telle est la question à laquelle la Section du contentieux avait à répondre à l'occasion de l'appel formé par la commune de Sainte-Marie de la Réunion contre le jugement du tribunal administratif de Saint-Denis ayant annulé deux marchés négociés passés par la commune successivement avec une même entreprise.

Une telle question n'était pas dénuée d'importance pratique. La réponse qui devait y être apportée conditionnait d'abord la juridiction administrative compétente pour connaître de cet appel - cours administratives d'appel ou Conseil d'Etat selon qu'il s'agit d'un recours de plein contentieux ou d'excès de pouvoir. Mais il est vrai, ainsi que le soulignait le commissaire du gouvernement Hubert Legal, que la perspective du transfert prochain aux cours administratives de l'appel des recours d'excès de pouvoir contre les actes administratifs individuels, appel qui rentre normalement dans leurs attributions, fera perdre une partie de son intérêt à cette question dans la mesure où les conventions ne sont pas, sauf exception, des actes réglementaires, même si certaines de leurs clauses sont qualifiées de telles par le juge pour permettre aux tiers de s'en prévaloir. Que le recours ait la nature d'excès de pouvoir ou de plein contentieux, les cours administratives d'appel seront de toute façon juge d'appel et la distinction importante sera désormais celle entre actes réglementaires et actes non réglementaires.

L'étendue des pouvoirs du juge administratif à l'égard des conventions déferées par le préfet ne pouvait quant à elle se trouver affectée par la solution apportée à cette affaire. Le juge de plein contentieux dispose certes en principe de pouvoirs plus étendus que le juge de l'excès de pouvoir et la classification des recours revêt de ce fait une importance pratique réelle. Néanmoins les pouvoirs du juge du déféré, strictement délimités par la loi du 2 mars 1982, se limitent à l'annulation, au vu de considérations de légalité, des décisions qui lui sont transmises. A supposer donc que le recours ait été qualifié de plein contentieux, le juge n'aurait pu faire usage des pouvoirs de réformation dont il dispose traditionnellement en pleine juridiction.

Mais cette affaire a été l'occasion pour le juge de trancher, bien que de façon implicite, la question importante de la nature juridique exacte du déféré préfectoral. De fait une certaine ambiguïté régnait sur cette nature et le juge a saisi l'occasion qui lui était présentée pour clarifier cette question.

Le Conseil avait à choisir entre deux solutions possibles. Il pouvait faire prévaloir ou bien la nature du recours, et affirmer l'unité du contentieux contractuel, ou bien l'auteur du recours, et opter en faveur de l'unité du régime du déféré préfectoral.

Les contrats ont la particularité d'être des actes administratifs soustraits au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. La jurisprudence a en effet toujours considéré que les contrats, dans la mesure où ils ont un caractère bilatéral et sont l'expression d'un accord de volontés, doivent être contestés devant le juge de pleine juridiction et non devant le juge de l'excès de pouvoir. Une telle solution découle de la nature des questions posées au juge du contrat - on sait que la frontière entre recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction est, hormis les cas où le législateur a expressément tranché dans un sens, déterminée par le juge lui-même, précisément en fonction de la nature des questions qui lui sont posées et de l'étendue des

pouvoirs qu'il lui paraît souhaitable d'exercer dans un domaine donné - : le juge se trouve, en matière contractuelle, confronté moins à des questions de légalité qu'à des contestations portant sur la reconnaissance de droits subjectifs résultant de l'accord des volontés exprimé dans le contrat. Il est donc normal que le contentieux contractuel soit revenu au juge du plein contentieux.

Il est vrai que la jurisprudence a progressivement admis, avec la théorie des actes détachables qui, apparue en 1905 avec l'arrêt *Martin* aux conclusions du président Romieu, a connu une extension continue, que le juge de l'excès de pouvoir puisse connaître d'éléments relatifs aux contrats. C'est ainsi qu'il peut annuler la décision de passer un contrat (Sect. 9 novembre 1934, *Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Tamatave*, Lebon p. 1034), de l'approuver (1) ou de le résilier ; l'annulation de l'acte de passation d'un contrat a été admise alors même que cet acte n'est pas matériellement distinct du contrat (2) ; certaines mesures relatives à l'exécution ou à la résiliation du contrat sont elles aussi susceptibles d'annulation (3). La jurisprudence a ainsi fait reculer la zone dans laquelle le juge de l'excès de pouvoir ne peut intervenir. Seule l'essence même du contrat, à savoir ce qui constitue l'accord des volontés, lui échappe.

Toutefois, les possibilités d'intervention du juge de l'excès de pouvoir en matière contractuelle ne doivent pas être surestimées. D'une part, les actes détachables ne constituent que des éléments périphériques du contrat et le recours pour excès de pouvoir ne peut atteindre directement le contrat. D'autre part, les effets de l'annulation des actes détachables restent fort limités dans la mesure où une telle annulation n'a en soi-même aucune conséquence sur le contrat lui-même, sauf à ce que l'une des parties au contrat demande au juge du contrat, en se fondant sur une telle décision d'annulation, de déclarer la nullité du contrat (4).

De fait, les parties au contrat ont la faculté, si elles s'adressent au juge du contrat, de faire constater la nullité du contrat (5). Cette nullité peut être relative ou absolue, en fonction de l'importance des règles relatives à la formation et à la validité des contrats qui ont été méconnées. Un contrat est ainsi de nullité absolue s'il méconnaît la compétence de l'autorité contractante ou les modalités de passation prévues par le Code des Marchés publics, si son objet est illicite ou encore si un vice de consentement a affecté l'engagement des parties contractantes. Mais le recours en nullité est interdit aux tiers au contrat qui, n'étant titulaires d'aucun droit subjectif résultant du contrat, ne peuvent saisir le juge du contrat d'aucune réclamation.

La jurisprudence est donc très nette : les tiers à un contrat ne peuvent en obtenir l'annulation ni devant le juge de l'excès de pouvoir, qui ne connaît que des actes unilatéraux préalables ou postérieurs au contrat, ni devant le juge de plein contentieux, dont l'accès est réservé aux seules parties au contrat. L'ancienneté et la solidité de ces principes pouvaient conduire le Conseil d'Etat à reconnaître que, dans la mesure où l'exercice du déféré permet à un préfet d'obtenir l'annulation d'une convention à laquelle il est tiers, il revêt un caractère de recours de plein contentieux puisque seul le juge de pleine juridiction peut prononcer la nullité d'un contrat. La qualification du déféré aurait résulté dans ce cas de la nature de la matière déférée.

La seconde solution conduisait au contraire à privilégier le critère de l'auteur du recours. En déférant une convention, le représentant de l'Etat ne fait qu'exercer la mission de contrôle administratif que lui a impartie la loi du 2 mars 1982. Cette mission est destinée, à la place de l'ancienne tutelle sur les actes des collectivités locales, à garantir le respect des lois, dans le cadre de l'article 72 de la Constitution. Les actes soumis à ce contrôle particulier sont énumérés à l'article 2-II de la loi du 2 mars. Les conventions relatives aux marchés et aux emprunts ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux à caractère industriel ou commercial y figurent aux côtés d'un grand nombre d'actes unilatéraux. Soumettre le déféré à des régimes juridiques différents selon la nature des actes déférés conduisait à opérer une distinction artificielle et ne correspondant à aucune réalité juridique tangible dans la mesure où les pouvoirs du juge, strictement définis par la loi, sont identiques quels que soient les actes déférés.

L'alternative était donc la suivante : ou bien faire prévaloir l'unité du contentieux contractuel, en réservant au seul juge de plein contentieux la possibilité de prononcer l'annulation - dans le cas d'un déféré - ou la nullité - à la demande d'une partie contractante - d'un contrat ; ou bien ne permettre l'accès au juge du contrat qu'aux seules parties contractantes et affirmer de la sorte l'unité du déféré préfectoral comme voie de recours, quelle que soit la nature de l'acte déféré. La Section du contentieux a opté pour la seconde solution, sensible au caractère artificiel d'un partage des compétences fondé uniquement sur la nature de l'acte en cause et n'ayant pas d'autre portée juridique⁽⁶⁾. Dès lors que l'unité du régime du déféré était affirmée, la compétence du Conseil d'Etat pour connaître en appel du recours formé par la commune de Sainte-Marie contre le déféré d'un marché de travaux de voirie en découlait naturellement puisque le Conseil est juge d'appel des déférés contre les actes administratifs unilatéraux.

Ce faisant, le juge a tranché une seconde question, relative à la nature juridique exacte du déféré préfectoral. Une fois décidé que le déféré préfectoral contre une convention ne revêtait pas le caractère d'un recours de plein contentieux mais était soumis au même régime que les autres déférés - en particulier compétence d'appel du Conseil d'Etat -, deux solutions juridiques étaient envisageables, selon que le déféré était assimilé à un recours pour excès de pouvoir ou reconnu comme constituant un recours en annulation spécifique.

La Section s'est sur ce point écartée de son commissaire du gouvernement qui lui proposait, rejoignant ainsi la position d'une partie de la doctrine⁽⁷⁾ et de certains commissaires du gouvernement⁽⁸⁾, d'admettre que le déféré constitue un recours spécifique en annulation et non une simple variété de recours pour excès de pouvoir. Si la question n'a pas été tranchée de façon explicite par la décision - ce qui n'est guère surprenant dans la mesure où la solution de l'affaire ne commandait pas qu'elle le soit -, il résulte à la fois du fichage qui a été fait de cette décision aux tables du recueil Lebon 1991 et de la circonstance que le Conseil d'Etat, saisi de cette affaire sur renvoi de la cour administrative d'appel de Paris qui s'était estimée incompétente précisément au motif qu'un tel litige « présentait le caractère d'un recours pour excès de pouvoir (CAA Paris [plén.] 26 décembre 1989, Lebon tables p. 548), a répondu au fond, sans désavouer la cour, que le juge administratif a entendu prendre position nettement sur cette question.

La thèse de la spécificité du déféré préfectoral s'appuyait certes sur de solides considérations pratiques. Par les objets sur lesquels il porte - il permet de mettre en cause la légalité d'actes que le juge d'excès de pouvoir se refuse d'examiner, tels les contrats -, les personnes qui peuvent le mettre en oeuvre - uniquement le préfet, mais dont le recours peut être provoqué par des tiers -, la procédure qui doit être suivie - existence d'un régime spécifique de sursis à exécution -, le déféré préfectoral se distingue assurément du recours pour excès de pouvoir ordinaire. Ces particularités n'ont toutefois pas paru suffisantes à la Section pour voir dans le déféré un troisième type de recours, aux côtés du recours en excès de pouvoir et du recours de plein contentieux. La similitude des conditions de recevabilité des pourvois, notamment en matière de délai (v. 28 février 1986, *Préfet des Landes*, Lebon p. 50 ; 18 avril 1986, *Préfet d'Ille-et-Vilaine*, Lebon tables, p. 423, et 29 mai 1987, *Commune de Goult*, Lebon tables, p. 621), avec celles relatives aux recours de droit commun, la tendance constante de la jurisprudence à aligner le régime du déféré sur celui des autres requêtes (v. 25 janvier 1991, *Brasseur*, à publier *in* Lebon), et le fait que seuls des moyens de légalité puissent être invoqués à l'appui du déféré, y compris dans le cas de déféré contre des contrats, et que le juge dispose seulement de pouvoirs d'annulation, ont emporté la conviction de la Section.

Le déféré préfectoral peut donc être assimilé au recours pour excès de pouvoir, dont il constitue une simple variété. Si la fin de la controverse sur la nature juridique du déféré revêt une importance théorique, peu de conséquences pratiques s'attachent à la distinction ainsi opérée. Elle n'a de conséquences ni sur les pouvoirs du juge ni sur la juridiction compétente en appel - la compétence d'appel du Conseil découle moins du caractère spécifique ou non du déféré comme recours en annulation que du fait que le déféré n'est pas considéré comme un recours de pleine juridiction. Tout au plus contribuera-t-elle à accentuer la tendance à aligner le déféré sur le régime de droit commun.

Le déféré préfectoral constitue ainsi aujourd'hui le seul cas où le recours pour excès de pouvoir soit possible contre les contrats. Encore un tel recours n'est-il ouvert que contre les contrats les plus importants, c'est-à-dire ceux qui sont soumis à obligation de transmission en vertu de l'article 2-II de la loi du 2 mars 1982 - conventions relatives aux marchés et emprunts et conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux à caractère industriel ou commercial. Pour limitée que soit sa portée, une telle jurisprudence conduit à consacrer, ainsi que le soulignait Marc Fornacciari dans sa réponse aux interrogations du professeur Terneyre (9), un double régime du recours pour excès de pouvoir contre les contrats, en fonction de la qualité du requérant : recevabilité du recours lorsqu'il est intenté par le préfet, irrecevabilité lorsqu'il émane de tout autre requérant. Le paradoxe qui résulte d'une telle dualité ne conduira-t-il pas le Conseil d'Etat à revenir sur sa jurisprudence selon laquelle le recours pour excès de pouvoir n'est possible que contre les seuls actes détachables du contrat ? La solution adoptée par la Section du contentieux est susceptible aussi bien de demeurer circonscrite au cas très particulier du déféré préfectoral que d'être à l'origine d'une évolution jurisprudentielle plus importante.

Mots clés :

CONTROLE DES AUTORITES LOCALES * Déféré préfectoral * Acte susceptible d'être déféré
CONTRAT ADMINISTRATIF * Catégories des contrats administratifs * Marché * Marché de travaux publics * Règles de procédure contentieuse spéciales * Voies de recours * Appel * Règles de procédure contentieuse spéciales * Voies de recours * Recevabilité du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle
PROCEDURE CONTENTIEUSE * Recours pour excès de pouvoir

(1) Sect. 26 juillet 1929, *Epx Baillargeat*, Lebon p. 879.

(2) Sect. 20 janvier 1978, *Syndicat communal de l'enseignement technique agricole public*, Lebon p. 22.

(3) Sect. 24 avril 1964, *SA de livraisons industrielles et commerciales*, Lebon p. 239, et plus récemment Ass. 2 février 1987, *S^{té} France 5*, Lebon p. 28.

(4) V. sur ces questions étude Philippe Terneyre sur les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs (Et. et doc. CE 1988, pp. 69 à 92).

(5) Sur la distinction entre annulation et déclaration de nullité, V. *Le Traité des contrats administratifs* d'André de Laubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé.

(6) Une telle solution paraît implicitement remettre en cause la thèse défendue par Bernard Stirn dans ses conclusions sur l'affaire *Maire de Paris* (Ass. 3 février 1989, Lebon p. 47). Celui-ci estimait qu'un déféré relatif à des opérations de révision de listes électorales doit être regardé comme un recours de plein contentieux, précisément en raison de l'objet de la requête. Il n'est pas possible de dire si l'Assemblée a suivi son commissaire dans son raisonnement, faute pour la question d'avoir été tranchée, même de façon implicite, par la décision.

(7) Dans leur *Traité des contrats administratifs*, André de Laubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé se prononcent en faveur de la thèse de la spécificité du déféré préfectoral (n° 1843) ; V. également en ce sens J-P Briseul, note sous TA Clermont-Ferrand 13 mai 1986 et 19 juin 1986, *COREP de la région d'Auvergne*, AJDA 1986, p. 589 ; quant à P. Terneyre, il se montrait très partagé sur cette question (cf. art. préc. in Et. et doc. CE).

(8) V. concl. Bernard Stirn sur Sect. 27 février 1987, *Grand-Bourg de Marie-Galante*, Lebon p. 79, et Ass., *Maire de Paris*, préc., et celles de Marc Fornacciari sur *Commune de Sainte-Marie* lors de son passage en sous-sections réunies le 20 mars 1991.

(9) Contribution à la résolution de quelques paradoxes, Et. et doc. CE 1988, p. 93 à 97.

AJDA © Editions Dalloz 2012