

Le déferé préfectoral des contrats locaux : excès de pouvoir ou plein contentieux ?  
Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 26 juillet 1991 *Commune de Sainte-Marie (La Réunion)* 

Hubert Legal, Maître des requêtes au Conseil d'Etat Commissaire du gouvernement

Pour la réalisation de travaux de voirie consistant en la création d'un chemin et la construction d'ouvrages annexes, la commune de Sainte-Marie de la Réunion a, en mars et août 1985, passé successivement deux marchés négociés avec une même entreprise. Sur déferé du préfet, le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion les a annulés ensemble comme constituant, sous l'apparence de deux marchés, une même opération d'un montant global ne permettant pas le recours à la procédure du marché négocié.

Vous avez déjà admis qu'un marché fractionné pouvait être annulé pour semblable motif et ce n'est pas au fond que vous consacrerez l'essentiel de votre attention. Si l'affaire, après avoir été portée devant vos cinquième et troisième sous-sections réunies, est inscrite à un rôle de votre formation, c'est pour vous permettre de dire si, depuis la mise en place des cours administratives d'appel, c'est à elles ou à vous qu'il revient de juger l'appel formé contre un jugement rendu sur déferé préfectoral lorsque c'est un contrat administratif que le préfet défère.

Juge d'appel de droit commun avant la réforme du contentieux administratif par la loi du 31 décembre 1987, vous l'étiez notamment lorsque le tribunal administratif statuait en premier ressort sur le déferé d'un préfet ; et vous avez ainsi annulé en appel, comme contraires à la légalité, des marchés conclus par des collectivités territoriales ou leurs établissements sans avoir véritablement à vous demander à quelle branche du contentieux se rattachait le recours.

Soucieux de ne rien décider que d'utile, vous avez, ce faisant, emprunté la voie de droit ouverte par la loi du 2 mars 1982 qui cite les conventions relatives aux marchés parmi les actes des autorités décentralisées susceptibles d'être annulées pour non-respect des lois, laissant à la doctrine le soin d'épiloguer sur le caractère paradoxal de cette curieuse prérogative d'annulation, eu égard à l'équilibre classique du contentieux des contrats administratifs.

La question n'aura d'ailleurs plus de raison d'être débattue lorsque les cours administratives d'appel exerceront la plénitude des attributions que leur confère la loi du 31 décembre 1987. Les conventions n'étant pas en elles-mêmes et sauf exceptions des actes réglementaires, même si certaines de leurs clauses sont ainsi qualifiées pour permettre aux tiers de s'en prévaloir, le jugement de l'appel ira en principe aux cours et, en tous cas, la frontière à surveiller sera celle qui sépare non pas l'excès de pouvoir du plein contentieux, mais le réglementaire du non-réglementaire.

Mais, en attendant que les décrets en Conseil d'Etat prévus par la loi de 1987 soient parus, il y a deux juges d'appel dont la compétence est définie par la nature juridique du pourvoi. Et cette considération pratique, de portée restreinte, vous oblige à trancher aujourd'hui la question, jusque-là très académique, de savoir si le juge est saisi par le préfet en excès de pouvoir ou en plein contentieux d'un contrat soumis à l'obligation de transmission. La réponse n'aura d'ailleurs essentiellement pour portée que de déterminer la compétence d'appel, le contrôle exercé par le juge et les pouvoirs qu'il détient étant en la matière fixés sans grande ambiguïté. C'est pourquoi il vous importe moins de décider si le déferé des contrats est à proprement parler du plein contentieux ou de l'excès de pouvoir, puisqu'il y a à vrai dire quelque artifice à vouloir faire entrer dans l'une de ces deux catégories traditionnelles un recours particulier prévu par le législateur, que d'apprécier si, aux fins de désignation du juge compétent, il peut être *assimilé* à l'un ou à l'autre.

Encore l'objet du litige doit-il être distingué d'autres questions, voisines mais distinctes. Si notre propos est à l'occasion plus général, vous aurez présent à l'esprit que ne sont directement concernées par la solution que vous adopterez que certaines conventions : les conventions de droit public soumises à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat - qui ne sont pas tous les contrats des collectivités. Seul est ensuite en cause le recours contre la convention elle-même - c'est-à-dire que tout ce qui concerne les conditions de son exécution sort du cadre envisagé, comme ce qui a trait aux actes détachables. Le litige particulier met ensuite en jeu les dispositions applicables aux communes, même si le raisonnement vaut pour l'essentiel également pour les départements et les régions. Enfin, vous êtes dans un cas où l'Etat est un tiers au contrat.

Si la personnalité juridique du cocontractant de la commune est en principe sans effet sur la possibilité pour le préfet de déférer le contrat, vous ne manquerez pas d'observer que l'action du préfet contre une convention à laquelle l'Etat serait partie peut sembler une hypothèse d'école puisque, si le déféré peut être provoqué par une demande d'un tiers, vous avez jugé que le refus d'y donner suite n'est pas susceptible de recours (Section, 25 janv. 1991, *Brasseur*, cette *Revue* 1991, p. 594, concl. B. Stirn, note J.-Cl. Douence). Or, si l'Etat, partie au contrat, peut vouloir contester la façon dont son cocontractant s'acquitte des obligations qu'il a souscrites (V. par ex. Section, 31 mars 1989, *Département de la Moselle, Lebon*, p. 105), on voit mal le préfet, qui le représente dans le déféré, y compris en appel (Section, 2 mars 1990, *Commune de Boulazac*, cette *Revue* 1990, p. 621, concl. R. Abraham) venir mettre en cause, devant le juge, la légalité d'une telle convention - ce qui est le seul objet possible du déféré ici envisagé. Si, par suite de circonstances particulières, le cas venait à se produire, il nous semble qu'il faudrait soit interpréter la saisine comme une demande de déclaration de nullité devant le juge du contrat, soit faire l'effort de regarder le préfet comme n'exerçant pas l'action d'une des parties et réserver à son déféré le traitement qu'il recevrait si l'Etat n'était pas cocontractant.

Mais, la présente affaire vous place dans le cas plus raisonnablement prévisible d'une convention conclue par une commune, soit avec une autre collectivité territoriale, soit avec un particulier ou une personne morale, de droit public ou de droit privé autre que l'Etat : en l'espèce, avec une entreprise de travaux publics.

L'appel de la commune de Sainte-Marie a été formé devant le Conseil d'Etat en 1986 et transféré par une ordonnance de l'article 17 du décret du 2 septembre 1988 à la cour administrative d'appel de Paris qui, par arrêt rendu en formation plénière le 26 décembre 1989, vous l'a à nouveau transmis en estimant que le litige « *présentait le caractère d'un recours pour excès de pouvoir.* » Cet arrêt a été fiché aux tables du *Recueil du Conseil d'Etat* pour l'année 1989 sous la rubrique « Compétence d'appel des cours ». Votre éventuelle décision sur le fond signifiera nécessairement, bien qu'implicitement, que vous avez estimé cette transmission justifiée. C'est ce à quoi nous allons vous inviter.

Le déféré des contrats se situe à l'intersection de critères contradictoires. Si l'on examine les prétentions de son auteur, il est difficile d'affirmer qu'en demandant l'annulation d'un contrat il ne s'inscrit pas dans le contentieux contractuel - matière qui est par nature de pleine juridiction. Concluant devant votre Assemblée dans l'affaire *Maire de Paris* du 3 février 1989 à propos de la révision des listes électorales, M. Stirn (1) écartait l'idée de regarder l'ensemble des déférés de la loi du 2 mars 1982 comme de l'excès de pouvoir par nature en s'appuyant sur ce que cela aboutirait à inclure dans le contentieux de l'excès de pouvoir les déférés formés contre des contrats alors que la nature du déféré dépend en définitive, comme pour toute requête, de son objet.

Mais par ailleurs, il n'est pas moins paradoxal de prétendre affirmer que lorsque les pouvoirs du juge sont, à l'issue d'un procès fait à un acte, d'annuler cet acte pour violation de la légalité et se terminent là, on n'est pas dans la définition même de l'excès de pouvoir. Pour l'admettre, il faudrait toutefois consentir une sensible extension du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, ayant pratiquement pour effet de soumettre *le contrat* au même régime que la décision de l'autorité administrative de le conclure mais pour un et un

seul requérant potentiel : le représentant de l'Etat.

Il faut également tenir compte de ce que si l'on admet de voir là un recours en excès de pouvoir, c'est bien que les déférés des actes des collectivités prévus par la loi du 2 mars 1982 sont à regarder de manière générale comme de l'excès de pouvoir. Les opérations que l'on baptise communément « déferé » et qui seraient du plein contentieux sont en fait régies par des dispositions distinctes de la loi du 2 mars, que l'on pense par exemple au contentieux électoral ou au contentieux des poursuites pour contraventions de grande voirie.

Le déferé du représentant de l'Etat substitué par la loi du 2 mars 1982 à la tutelle administrative sur les actes des collectivités locales a pour objet, selon la décision du 25 février 1982 du Conseil constitutionnel, de permettre un contrôle administratif qui garantisse le respect des lois, dont l'Etat a la charge en vertu de l'article 72 de la Constitution. Les actes soumis à ce contrôle particulier, qui ne paralyse pas les autres voies d'action préexistantes, sont énumérés pour les communes par l'article 2-11 de la loi. On y trouve des décisions unilatérales pour lesquelles il n'y a pas d'obstacle théorique ou technique à les soumettre à un contrôle de l'excès de pouvoir. Mais la difficulté tient à ce que, parmi ces « actes » sont visées « les conventions relatives aux marchés et aux emprunts ainsi que les conventions de concessions ou d'affermage des services publics locaux à caractère industriel ou commercial ». Ces catégories de contrats, d'une importance particulière, sont ainsi assimilées, pour être soumises au contrôle de légalité, à des actes administratifs - ce qu'ils ne sont pas à proprement parler.

Et c'est bien parce qu'ils ne le sont pas qu'a été construite la théorie des actes détachables à partir de l'arrêt *Martin* du 4 août 1905 aux conclusions du président Romieu permettant de faire approcher l'excès de pouvoir jusqu'aux limites du monde clos du contrat, préalablement à sa conclusion (Section, 5 déc. 1958, *Secrétaire d'Etat à l'agriculture c/ Union des pêcheurs à la ligne, Lebon*, p. 620) et même dans le cadre de son exécution (Section, 24 avr. 1964, *SA de livraisons industrielles et commerciales, Lebon*, p. 239). Mais ce n'est pas la décision de passer le contrat ou de le résilier ou d'autres actes détachables antérieurs ou postérieurs à sa formation que vise la loi mais bien la convention elle-même et c'est ainsi que vous l'avez toujours interprétée en annulant ou en refusant d'annuler des contrats déferés (à partir de la décision du 21 mai 1986, *Société Schlumberger et autres*, n° 56848-56859, aux conclusions du président Massot). Vous n'avez pas fait du texte législatif une lecture restrictive selon laquelle il n'entendrait viser que la décision de contracter. Et la différence entre les deux lectures n'est ni fortuite ni formelle. Si, en dehors de l'hypothèse du déferé, vous pouvez annuler une décision de passer un contrat ou même l'acte de passation qui n'est pas matériellement distinct du contrat (Section, 20 janv. 1878, *Syndicat communal de l'enseignement technique agricole public, Lebon*, p. 22), si vous êtes donc très près de ce que vous faites sur déferé, il faut toutefois penser aux effets de la décision d'annulation qui, dans le cas d'un acte détachable, laisse normalement subsister le contrat. La seule réserve vaut pour le cas où il est distinctement demandé, par une personne recevable à le faire, qu'en soit déclarée la nullité (7 juill. 1982, *Commune de Guidel c/ M<sup>me</sup> Courtet*, n° 30533).

Mais si le juge de l'excès de pouvoir ne dispose pas de la possibilité d'annuler un contrat, cette prérogative n'appartient pas davantage au juge du plein contentieux. Aux exceptions près, si le premier peut annuler les actes détachables, en général à la demande des tiers, le second ne peut, à la demande des parties, que constater et sanctionner un manquement ou prendre acte d'une nullité. Le juge du contrat ne peut, en particulier, à la demande d'une des parties annuler des mesures prises par l'autre dans l'exécution du contrat et supposées contraires aux clauses conventionnelles (V. Section, 9 déc. 1983, *SA d'études, de participations et de développement, Lebon*, p. 498, aux conclusions contraires de M. Genevois). Il n'a que le pouvoir de rechercher si de telles mesures peuvent ouvrir droit à indemnité, selon une règle que vous avez récemment réaffirmée tout en y faisant une nouvelle exception en ce qui concerne les conventions passées entre deux collectivités publiques pour l'organisation d'un service public, ainsi que vous le pratiquiez déjà pour les concessions minières ou les concessions d'occupation du domaine public (Section, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, préc.). Mais vous n'avez pas renoncé au principe contesté qui empêche le juge du contrat d'annuler, sauf dans des cas particuliers, des actes d'exécution.

Quant à l'action en déclaration de nullité d'un contrat on sait à quel point elle est circonscrite autour de l'hypothèse principale du vice de consentement ; les nullités sont le plus souvent constatées par voie d'exception à propos de mesures d'exécution (Section, 11 févr. 1972, *OPHLM du Calvados et autres*, *Lebon*, p. 135). Il serait dès lors difficile de regarder la demande d'annulation d'un contrat comme une variante de l'action en nullité.

On ne peut en fait que constater avec M. Fornacciari que, si la voie du recours pour excès de pouvoir est, au départ, exceptionnelle en matière contractuelle, c'est par elle et en particulier par la multiplication des cas d'actes détachables que sont passées les innovations procédurales récentes s'agissant du contrôle juridictionnel des contrats administratifs, et non par le cadre, nécessairement plus restreint, qui enferme le juge du contrat, à savoir la sanction des droits subjectifs nés de l'accord de deux volontés pour la réalisation d'un objet commun. C'est pourquoi l'idée d'ouvrir à un tiers l'accès au juge du contrat nous paraît présenter des inconvénients majeurs, et peu de cohérence vis-à-vis des tendances jurisprudentielles.

Il ne nous semble en outre pas possible de raisonner en termes de subsidiarité entre les branches du contentieux. La matière contractuelle doit certes conserver son juge et ses méthodes pour les parties contractantes, qui, si elles peuvent depuis longtemps saisir le juge de l'excès de pouvoir, ne peuvent le faire pour tout ce contre quoi elles peuvent agir devant leur juge, et en particulier pour les mesures d'exécution du contrat (Ass. 2 févr. 1987, *Société France 5*, *Lebon*, p. 28). Mais l'excès de pouvoir est en revanche la voie normale d'action des tiers - et sauf le cas de figure évoqué en commençant, le préfet est un tiers au contrat qu'il défère au juge. Par ailleurs, et de manière plus générale, le recours pour excès de pouvoir a depuis longtemps perdu tout caractère subsidiaire par rapport au recours de plein contentieux (Ass. 17 avr. 1953, *Falco et Vidailiac*, *Lebon*, p. 175) et l'un n'a pas à primer sur l'autre dans le silence de la loi.

Or, à tout prendre, par analogie, il nous semble que le raisonnement susceptible d'aboutir à l'annulation du contrat en vertu de la loi du 2 mars 1982 a plus à voir avec le contrôle que vous portez sur la délibération d'un conseil municipal décidant de passer un marché qu'avec l'appréciation des engagements consentis par les parties à laquelle procède le juge du contrat. Vous jugez d'ailleurs que le marché peut être annulé par voie de conséquence de l'annulation de la décision d'attribution (19 févr. 1988, *Commissaire de la République de la Seine-Saint-Denis c/ Commune de la Courneuve*, n° 68341) et vos décisions annulent bien souvent ensemble un ou plusieurs actes autorisant la passation et le marché lui-même (2 nov. 1988, *Préfet, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff et Société NCR*, *Lebon*, Tables, p. 659). Elles reconnaissent au surplus la connexité entre l'autorisation de passer un contrat et ce contrat (24 avr. 1985, *Département de l'Eure c/ Pinault*, *Lebon*, p. 117). Les moyens de légalité qui seuls peuvent être invoqués pour obtenir l'annulation, à l'exception de tout moyen tiré de la violation d'engagements contractuels antérieurs (V. Ass. 8 janv. 1988, *Ministre chargé du plan c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *Lebon*, p. 3), sont des moyens d'excès de pouvoir.

Toutefois, l'argument d'identité de méthode a ses limites car il y a des différences techniques prévues par la loi entre le recours pour excès de pouvoir et le déféré du préfet qui, par exemple, n'a pas à établir son intérêt à agir. Au surplus, on sait qu'il y a des domaines de plein contentieux où ne sont appréciées que la légalité objective d'actes ou la régularité de procédures : citons à ce titre le contentieux fiscal, le contentieux des pensions et celui des ordres de reversement. C'est donc bien les pouvoirs du juge qui sont déterminants et le pouvoir d'annuler une convention ne s'apparente vraiment ni à l'une ni à l'autre catégorie.

L'existence d'une procédure de sursis n'est pas, quant à elle, très éclairante car, si elle est plus caractéristique de l'excès de pouvoir, elle existe également dans le plein contentieux contractuel dès lors que les mesures en cause peuvent donner lieu à une action en nullité (1<sup>er</sup> mars 1968, *Ministre des Armées c/ Société « Les ateliers du caoutchouc manufacturé »*, *Lebon*, p. 156).

Il convient donc de rechercher si l'une des deux possibilités de classement présente un avantage de simplicité par rapport à l'autre, unité de juge pour le déféré préfectoral ou bloc de compétences autour du contentieux contractuel.

Cette dernière idée de bloc contractuel nous paraît sérieusement mise à mal par le développement des recours contre les actes détachables au cours des années écoulées. Quant à l'idée qu'un seul juge devrait être compétent pour connaître du déféré par le préfet des actes énumérés par la loi de 1982, quel qu'en soit l'objet, elle a pu paraître condamnée par votre jurisprudence. Mais c'est selon nous mal interpréter vos décisions que leur faire dire que le déféré n'est pas un recours spécifique.

Vous jugez certes que « *le déféré du représentant de l'Etat tendant à l'annulation des décisions des autorités communales, prévu par l'article 3 de la loi du 2 mars 1982, est soumis, lorsque la loi n'en dispose pas autrement, aux règles de droit commun de la procédure devant les tribunaux administratifs* » (29 mai 1987, *Commune de Goult, Lebon, Tables, p. 621*). Cette limitation des particularités procédurales nous paraît toutefois indifférente à la détermination du juge administratif compétent, sauf à admettre la subsidiarité du recours pour excès de pouvoir - ce qui nous paraît exclu. Dès lors que c'est la loi qui crée la particularité consistant à ouvrir un recours en annulation des contrats pour illégalité, assorti d'une procédure de sursis à exécution, elle fait obstacle à ce qu'une réponse puisse être mécaniquement déduite des règles habituelles de procédure.

C'est dans cet esprit qu'il convient de lire vos décisions de Section du 27 février 1987 (*Commune de Grand-Bourg-de-Marie-Galante, Lebon, p. 79 et p. 80*) par lesquelles vous avez jugé que, s'agissant de liens contractuels régis par le droit privé, il n'appartenait pas à la juridiction administrative de connaître du litige soulevé par la requête du préfet déférant une décision relative à l'exécution de ce contrat (décision consistant à licencier des agents contractuels ne participant pas directement à l'exécution du service public).

Votre commissaire du gouvernement, M. Stirn, vous invitait à consacrer l'unité du juge du déféré en vous reconnaissant compétents et en opposant une irrecevabilité tirée du caractère de droit privé de l'acte soumis. Vous n'avez pas suivi cette solution constructive, indiquant ainsi que le recours à la procédure du déféré restait sans effet sur le partage des compétences entre les juridictions.

C'est qu'en effet le IV de l'article 2 de la loi du 2 mars exclut explicitement les actes relevant du droit privé de l'application des dispositions de la loi et prévoit qu'ils demeurent régis par les dispositions qui leur sont propres. On pouvait en tirer deux conséquences : soit dire, avec le commissaire du gouvernement, que le déféré était un acte de tutelle administrative soumis comme tel à la compétence du juge administratif auquel il appartient de faire le tri en déclarant irrecevables celles des requêtes qui sont formées dans une matière où la loi ne prévoit pas la possibilité du déféré ; soit, comme la Section l'a fait, dire que la mise à l'écart par la loi des actes de droit privé entraînait une incompétence radicale du juge administratif sans que cela ait selon nous d'incidence sur la mise en jeu des compétences au sein de la juridiction administrative, dès lors qu'elle est saisie de matières dont il lui appartient de connaître.

La décision de Section a donc réservé la question de la place du déféré parmi les recours devant la juridiction administrative ; nous ne pensons pas qu'elle conforte si peu que ce soit la thèse selon laquelle le déféré ne serait qu'un mode d'introduction d'une procédure contentieuse pratiquement sans effet sur la nature du contrôle qu'exerce le juge et des pouvoirs dont il dispose. Car lorsqu'il annule un contrat, il fait quelque chose qu'il ne pourrait pas faire, n'était cette procédure particulière - et la nature de cette opération reste donc à éclaircir.

Là-dessus, notre proposition est donc, sans qu'il soit besoin de poser un principe général selon lequel le déféré des actes des communes devrait aller au juge de l'excès de pouvoir, de constater qu'il est possible d'aligner à cet égard les contrats sur les autres actes soumis à l'obligation de transmission. Le fait que cela vous amène à en conserver, encore pour quelque

temps, le jugement d'appel, n'est pas de nature à compliquer le travail des juridictions d'appel de l'ordre administratif en charge du plein contentieux. Si les questions à juger dans ce type de litige sont plutôt des questions d'appréciation de dossier qui ressortissent logiquement au contrôle d'appel des cours, elles le sont au même titre qu'une bonne partie de l'excès de pouvoir que vous conservez encore provisoirement jusqu'à son transfert.

Vous n'avez pas ici affaire, nous semble-t-il, à un contentieux d'ordre proprement contractuel mais plutôt à une extension au contrat lui-même, s'agissant de certains types de conventions particulièrement importantes, de la possibilité d'annulation de la décision de passation déjà ouverte en excès de pouvoir. Il s'agit d'un élargissement des prérogatives du juge de l'excès de pouvoir qui ne peut exister sans l'intervention du représentant de l'Etat, ce qui constitue une contrepartie, voulue par le législateur, à la suppression de la tutelle administrative.

Cette procédure particulière exclut, rappelons-le, la prise en compte des conditions d'exécution du marché (27 avr. 1987, *Commissaire de la République des Côtes-du-Nord c/ OPHLM des Côtes-du-Nord et autres, Lebon*, Tables, p. 721). Elle ne fait pas obstacle à l'usage des autres voies de droit existantes, qu'il s'agisse de l'action ouverte aux parties devant le juge du contrat (Section, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, préc. et 10 oct. 1990, *Commissaire de la République de Seine-et-Marne c/ Commune de Montereau-Fault-Yonne*, n° 63761) ou du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables (12 avr. 1991, *Commune de Marmande*, n° 83612).

La décision *Département de la Moselle* affirme de la façon la plus explicite que les voies de recours du droit commun restent ouvertes au représentant de l'Etat qui, s'il ne peut déférer une décision au tribunal administratif, sur le fondement de la loi du 2 mars 1982 comme contraire à la légalité, peut toujours saisir le juge du contrat d'une contestation relative à une convention à laquelle l'Etat est partie. Il ne faut pas grand effort pour y lire qu'*a contrario* le juge du déféré préfectoral prévu par la loi du 2 mars 1982 n'est pas le juge de droit commun du contrat puisque l'on fait entre les deux la même distinction que celle que vous avez toujours faite entre juge du contrat et juge de l'excès de pouvoir (Section, 11 févr. 1972, *OPHLM du Calvados*, préc.).

Enfin, bien qu'une telle considération n'ait pas un poids considérable devant votre formation, on notera que les formules rédactionnelles utilisées par vos décisions passées d'annulation de contrat donnent à penser que c'est plutôt sur le terrain de l'excès de pouvoir que vous avez entendu vous placer.

Si vous nous suivez, vous admettez par là que l'action du préfet peut suivre différents chemins à propos des conventions :

- S'il exerce l'action d'une des parties, ce qui peut être le cas lorsque l'Etat est cocontractant, il dispose des voies de recours classiques devant le juge du contrat, qui peut annuler dans certains cas des mesures d'exécution mais devant lequel il ne peut être fait appel à la notion d'actes détachables.
- Agissant en tant que tiers, il peut saisir le juge de l'excès de pouvoir de requêtes tendant à l'annulation des actes des collectivités détachables des contrats, quelle que soit la nature de ces contrats. La procédure du déféré est applicable à ces actes.
- Il peut enfin demander au même juge d'annuler en outre le contrat lui-même lorsqu'il s'agit d'une des conventions qu'énumère la loi et qui rie sont exécutoires qu'après transmission. Pour les autres conventions dont il aurait connaissance par exemple par une demande fondée sur l'article 4 de la loi du 2 mars 1982 émanant d'une personne lésée ou par une transmission non obligatoire, il ne nous semble pas que la loi lui donne la possibilité de demander et d'obtenir l'annulation du contrat lui-même.

Vous avez pourtant admis l'annulation sur déféré d'un contrat autre que ceux énumérés par la loi dans le cas où le contrat contient une décision individuelle soumise à l'obligation de transmission (24 avr. 1985, *Département de l'Eure*, préc., s'agissant du contrat d'engagement

d'un agent). L'affaire d'aujourd'hui ne vous demande pas de confirmer cette interprétation extensive de la loi qui, assimilant un contrat de recrutement à une décision administrative en raison de son objet, plaiderait toutefois, s'il en était besoin, pour le rattachement à l'excès de pouvoir.

Signalons enfin, pour tâcher d'être complet, une fausse difficulté. Si le préfet était saisi d'une demande de déféré administratif d'un contrat formé par l'une des parties, on pourrait se demander si son action éventuelle ne serait pas alors formée en lieu et place de ce cocontractant - ce qui rendrait délicat l'accès au juge de l'excès de pouvoir. Mais, d'une part, nous ne croyons pas que le préfet agisse au nom du demandeur et, en tout état de cause, l'article 4 de la loi réserve la demande de déféré aux personnes lésées, et nous n'envisageons pas qu'un des auteurs d'une convention puisse utilement prétendre être lésé par elle.

Si nous ne vous avons pas convaincus et que le recours vous paraît relever du juge du contrat, vous transmettez le dossier à la cour administrative d'appel de Paris. Si en revanche, vous nous avez suivi jusqu'à ce point, il vous reste à donner au litige sa solution.

La commune de Sainte-Marie a passé deux marchés de travaux de voirie avec l'entreprise Moutien le 13 mars et le 13 août 1985. Mais, lorsqu'elle a transmis au préfet le second marché, le 28 août 1985, le premier ne lui avait pas encore été adressé - ce qui n'a été fait que le 10 septembre. Or, le déféré, s'il est dans le délai de deux mois suivant la deuxième transmission, en sort par rapport à la première.

La commune en conclut qu'il est entaché de forclusion contre le deuxième marché premier transmis et non fondé contre le premier puisque celui-ci, qui seul demeure déférable à la date où agit le préfet, porte sur un montant inférieur au seuil en deçà duquel peuvent être conclus des marchés négociés, sans adjudication ni appel d'offres.

Cette habileté ne vous retiendra pas. Si vous estimez qu'il s'agit d'un seul marché, artificiellement fractionné, c'est le dernier acte de transmission qui permet au représentant de l'Etat de percevoir l'opération dans son ensemble et en particulier d'apprécier si elle a été régulièrement conduite eu égard à son montant global. Le déféré était donc bien recevable devant le tribunal administratif pour l'une et l'autre tranche des travaux.

Le dossier vous permet également de confirmer qu'il s'agit bien d'une opération unique qui, si elle n'avait pas été scindée, aurait excédé le seuil au-delà duquel des marchés négociés ne peuvent être conclus en vertu de l'article 309 du code des marchés publics. L'arrêté auquel renvoie cet article fixe le seuil applicable à l'espèce à 350 000 F et le montant global de l'opération s'élève à un peu plus de 491 000 F. Vous avez déclaré nul un contrat entaché de la même méconnaissance volontaire du code (Section, 29 janv. 1982, *Martin, Lebon*, p. 44).

La commune invoque en outre « l'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles » de l'article 312 qui permet de passer des marchés de gré à gré sans limitation de montant (11 oct. 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique, Lebon*, p. 281). Cette urgence serait constituée par le passage de la dépression tropicale Célestina mais celle-ci s'est produite en janvier 1985, soit avant la conclusion en mars 1985 du premier marché et n'a donc pas eu pour effet de rendre imprévisible la nécessité de conclure un second marché au mois d'août suivant, même si la consultation pour le premier marché avait déjà eu lieu au moment où est passé le cyclone.

Est enfin invoqué l'article 312 *bis* du code des marchés publics qui libère de l'obligation de mise en concurrence préalable quand des nécessités techniques imposent le choix d'un entrepreneur ou d'un fournisseur déterminé. Mais l'existence d'une telle nécessité n'est nullement établie en l'espèce et la commune ne pouvait donc en tout état de cause trouver là un motif de s'affranchir du montant maximum de passation des marchés négociés.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête de la commune de Sainte-Marie de la Réunion.

Annexe

Arrêt du Conseil d'Etat, Section, 26 juillet 1991

*Commune de Sainte-Marie (Réunion)*

Requête de la commune de Sainte-Marie de la Réunion tendant :

1° à l'annulation du jugement du 2 avril 1986, par lequel le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion a annulé, sur déféré présenté par le préfet, commissaire de la République de la Réunion, les marchés de travaux publics conclus, les 13 mars et 13 août 1985 entre ladite commune et l'entreprise Valère Moutien-SMTP ;

2° au rejet du déféré présenté par le préfet devant le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion ; [...]

Vu le code des marchés publics ; le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, modifiée et complétée par la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 ; le décret n° 88-906 du 2 septembre 1988 ; l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ; [...]

*Sur la recevabilité du déféré du préfet de la Réunion :*

Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, modifiée par la loi du 22 juillet 1982 : « Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés au paragraphe II de l'article précédent qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission » et qu'au nombre des actes mentionnés audit paragraphe II figurent « les conventions relatives aux marchés... » ; que la Commune de Sainte-Marie a passé, avec l'entreprise Valère Moutien (SMTP), deux marchés en vue de la réalisation de travaux de voirie agricole au lieu-dit Beaumont-les-Hauts, respectivement les 13 mars et 13 août 1985 ; que le marché du 13 août 1985 a été transmis à la préfecture le 28 août, alors que le premier marché, en date du 13 mars 1985, n'a fait l'objet d'une transmission que le 10 septembre ; qu'en application des dispositions précitées, le déféré du préfet contre ce dernier marché était recevable le 11 novembre 1985 ; que ce jour étant férié, la date d'expiration du délai de recours contentieux se trouvait reportée au premier jour ouvrable suivant, soit le 12 novembre 1985, c'est-à-dire à la date à laquelle le préfet a effectivement déféré le marché du 13 mars 1985 ;

Considérant que, pour apprécier la régularité de la procédure du marché négocié retenue par la commune, le préfet devait nécessairement attendre d'être en possession des deux conventions pour pouvoir vérifier s'il s'agissait d'une même opération et, dans ce cas, s'assurer que son montant global se situait en deçà du seuil prévu par la réglementation en vigueur pour ce type de marché ; que, dès lors, c'est à bon droit que le tribunal administratif a estimé recevables les conclusions du déféré du préfet enregistrées le 12 novembre 1985, tendant non seulement à l'annulation du marché du 13 mars 1985 transmis à la préfecture le 10 septembre, mais également à celle du marché du 13 août 1985, bien que ce second marché ait été transmis au préfet dès le 28 août 1985 ;

*Sur la légalité des marchés conclus les 13 mars et 13 août 1985 par le maire de Sainte-Marie :*

Considérant qu'aux termes de l'article 309 du code des marchés publics « les collectivités locales... peuvent conclure des marchés négociés pour des travaux fournitures ou services dont la valeur n'excède pas, pour le montant total de l'opération, des seuils fixés, pour chaque catégorie, par arrêté conjoint du ministre de l'Economie et des Finances et des ministres de tutelle » ; qu'en vertu de l'arrêté interministériel du 7 janvier 1982 applicable aux marchés en cause, le seuil prévu par l'article 309 du code s'élève à 350 000 F ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier et notamment de l'examen du contenu des

conventions, que celles-ci ont été conclues entre les mêmes parties et qu'elles avaient le même objet, à savoir la réalisation de travaux de voirie portant sur la même propriété ; que, dans ces conditions, sous l'apparence de deux marchés, il s'agissait de la réalisation d'une même opération dont le montant global s'élevait à 491 549,50 F, dépassant ainsi le seuil prévu par les dispositions précitées de l'article 309 du code des marchés publics ;

Considérant que, si la Commune de Sainte-Marie soutient qu'il a été nécessaire de procéder à des travaux supplémentaires entraînés par le passage de la dépression tropicale Celestina et que l'on se trouvait de ce fait dans l'une des hypothèses mentionnées par l'article 312 du code des marchés, il ne ressort pas des pièces du dossier que le passage de cette dépression, qui s'est produit en janvier 1985, soit antérieurement à la conclusion des deux marchés, ait eu le caractère d'un cas d'« urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles », justifiant, à la date de signature des marchés, la passation d'un marché négocié sans limitation de montant ;

Considérant enfin qu'il ressort des termes mêmes de l'article 312 *bis* 2° du code que celui-ci ne dispense pas les collectivités locales du respect du seuil mentionné à l'article 309 mais se borne à les dispenser, dans certaines hypothèses, de la mise en concurrence préalable ; qu'au surplus, il ne ressort pas des pièces du dossier que les conditions prévues par l'article 312 *bis* 2° étaient réunies en l'espèce ; qu'ainsi la commune ne saurait utilement se fonder sur ces dispositions pour soutenir que le seuil de passation des marchés négociés ne lui était pas opposable ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la Commune de Sainte-Marie n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion a annulé pour excès de pouvoir les marchés conclus les 13 mars et 13 août 1985 ;... (rejet).

(MM. Latournerie, *rapporteur* ; Légal, *commissaire du gouvernement* ; SCP Lesourd, Baudin, *avocat*.)

**Mots clés :**

CONTROLE DES AUTORITES LOCALES \* Déféré préfectoral \* Marché public \* Excès de pouvoir

(1) Les conclusions de M. Stirn ont été publiées dans cette *Revue* 1989, p. 310 (N.d.I.R.).