

# Déféré préfectoral en matière contractuelle : une profonde mutation

- Si, depuis de nombreuses années, la jurisprudence a très peu évolué en matière de déféré préfectoral, tel n'est plus le cas depuis décembre dernier. En effet, un arrêt du 23 décembre 2011 a précisé que les déférés préfectoraux formés à l'encontre des contrats ne relèvent plus du juge de l'excès de pouvoir mais du contentieux de pleine juridiction.
- En outre, un arrêt du 9 mai dernier précise quels sont les pouvoirs du juge saisi d'un déféré tendant à l'annulation d'un contrat. Quelles seront les répercussions de ces arrêts sur la pratique du déféré préfectoral ?

## Auteurs

Didier Seban, avocat associé, Scp Seban & Associés, et Maeva Guillem, élève avocate

## Référence

CE 23 décembre 2011, Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, req. n° 348647 et 348648  
CE 9 mai 2012, Synd. départemental des ordures ménagères de l'Aude, req. n°355665

## Mots clés

Annulation • Excès de pouvoir • Intérêt général • Plein contentieux • Résiliation • Suspension •

Poursuivant la refonte du contentieux contractuel engagée en 2007 avec l'arrêt *Tropic*<sup>(1)</sup> et coupant court aux interrogations de certains auteurs<sup>(2)</sup>, le Conseil d'État s'est récemment intéressé, par deux reprises, au déféré préfectoral. D'abord, et par deux arrêts du 23 décembre 2011<sup>(3)</sup>, rendus en sous-sections réunies, le Conseil d'État, saisi de déférés préfectoraux formés par le préfet du Nord à l'encontre de marchés publics, a abandonné sa jurisprudence *Commune de Sainte-Marie*<sup>(4)</sup> en affirmant que le déféré préfectoral en matière contractuelle relève non pas du contentieux de l'excès de pouvoir mais du contentieux de pleine juridiction, et a octroyé de larges pouvoirs au juge du contrat. Ensuite, afin de concilier ces nouveaux pouvoirs avec l'obligation qui est la sienne de faire droit à la demande de suspension dont le préfet assortit son déféré si l'un des moyens invoqués paraît propre à créer un doute quant à la légalité de l'acte attaqué, le Conseil d'État a, par un arrêt du 9 mai 2012<sup>(5)</sup>, jugé qu'il appartient au juge de prendre en considération la nature de l'illégalité commise afin d'apprécier si cette condition est remplie. Cette évolution du déféré préfectoral en matière contractuelle, qui a indéniablement le mérite de simplifier la structure du contentieux contractuel, était prévisible au regard des récentes et profondes évolutions de ce contentieux<sup>(6)</sup>. Nous reviendrons sur le changement de nature juridictionnelle du déféré préfectoral formé à l'encontre d'un contrat (I), puis sur les nouveaux pouvoirs du juge dans ce cadre (II).

(1) CE 16 juillet 2007, *Sté Tropic travaux signalisation*, req. n°291545: CP-ACCP, n°70, octobre 2007, p. 40 et s.

(2) F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quel sort l'évolution du contentieux contractuel peut-elle réserver au déféré préfectoral ? », *Contrats marchés publ.* n° 1, janvier 2012, repère 1.

(3) CE 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, req. n° 348647 et 348648 : CP-ACCP, n°119, mars 2012, p. 73, note R. Lauret et P. Proot.

(4) CE 26 juillet 1991, *Cne de Sainte Marie*, req. n°117717 : Lebon, p. 302.

(5) CE 9 mai 2012, *Synd. départemental des ordures ménagères de l'Aude*, req. n°355665, publié au Lebon.

(6) F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Vers une harmonisation du contentieux administratif des contrats ? », *Contrats marchés publ.* n° 6, juin 2010, repère 6.

## I. Le déféré préfectoral à l'encontre d'un contrat : contentieux de pleine juridiction

Si le déféré préfectoral en matière contractuelle fut initialement rattaché au contentieux de l'excès de pouvoir (A), l'évolution de cette classification apparaissait inéluctable (B).

### A) Un contentieux initialement rattaché à l'excès de pouvoir

Le rattachement du déféré préfectoral formé contre un contrat au contentieux de l'excès de pouvoir, opéré en 1991 par l'arrêt Commune de Sainte-Marie, n'allait pas de soi, les conclusions d'Hubert Legal l'illustrent parfaitement : il s'agissait bien « de rechercher si l'une des deux possibilités de classement présente un avantage de simplicité par rapport à l'autre, unicité de juge pour le déféré préfectoral ou bloc de compétences autour du contentieux contractuel »<sup>(7)</sup>. Et le juge administratif, tenant compte de la spécificité du déféré préfectoral a finalement entendu préserver l'unité de celui-ci et la faire prévaloir sur celle du contentieux contractuel, lequel s'est retrouvé scindé en deux entre excès de pouvoir et plein contentieux, au prix d'une assimilation du contrat déféré à la censure du juge à un acte administratif comme un autre.

Cette solution, qui a ouvert la voie à la contestation de la validité du contrat devant le juge administratif, était théoriquement justifiable mais devenue à contre-courant de l'évolution de la jurisprudence<sup>(8)</sup> ; en effet, c'est peu dire que d'affirmer que le contentieux contractuel a bien changé depuis l'arrêt Commune de Sainte-Marie.

### B) Le nécessaire rattachement au contentieux de pleine juridiction

C'est aujourd'hui le juge du contrat qui connaît des recours contre les contrats, qu'ils soient formés par des tiers candidats évincés directement contre le contrat ou des tiers ordinaires par le biais des actes détachables<sup>(9)</sup> ou par les parties elles-mêmes<sup>(10)</sup>. Et, dans le cadre de ces contentieux contractuels, l'annulation du contrat fait désormais figure d'exception, elle n'est qu'une mesure parmi d'autres à la disposition du juge, à utiliser en dernier recours. Face à cela, le déféré préfectoral, qui relevait toujours de l'excès de pouvoir, n'était susceptible de conduire qu'à deux issues : rejet ou annulation du contrat. On a donc pu s'interroger sur la pertinence du maintien de cette distinction et sur la raison pour laquelle les contentieux nés d'un déféré préfectoral restaient à l'abri des principes émergents du contentieux contractuel<sup>(11)</sup>, certains auteurs ayant été jusqu'à regretter « que le sort d'un contrat puisse dépendre de la malchance que les parties ont eu de le voir contesté, non pas par un tiers ou par un concurrent, mais par le préfet lui-même »<sup>(12)</sup>. Il devenait

urgent de reconnaître le caractère de recours de plein contentieux au déféré préfectoral formé en matière contractuelle et d'octroyer des pouvoirs plus larges au juge. C'est chose faite par les deux arrêts Ministère de l'Intérieur du 23 décembre 2011 par lesquels le juge administratif considère qu'en égard à l'objet (contractuel) du déféré formé contre un contrat celui-ci relève désormais du contentieux de pleine juridiction, la structure du contentieux contractuel s'en trouve unifiée.

Cette solution ne peut qu'être approuvée quant à sa finalité unificatrice. D'autant que, si la spécificité du déféré préfectoral ne peut à notre sens être totalement éludée, dès lors que contrairement aux recours habituellement formés par des tiers à l'encontre de contrats le préfet n'a d'autre but que de veiller à la légalité des actes dont il assure le contrôle, l'annulation du contrat n'est nécessairement pas la seule mesure de nature à rétablir la légalité d'un acte.

## II. De nouveaux pouvoirs pour le juge du contrat

C'est à fois la conséquence et la justification du changement de régime contentieux opéré, le juge dispose désormais de nombreux pouvoirs tant dans le cadre du déféré en lui-même (A) que dans celui de la demande de suspension de l'exécution du contrat pouvant l'accompagner (B).

### A) Les pouvoirs du juge saisi d'un déféré tendant à l'annulation d'un contrat

D'une part, le juge du contrat saisi d'un déféré préfectoral en matière contractuelle dispose désormais d'une large palette de pouvoirs mais également d'intérêts à prendre en compte dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel et à concilier avec la légalité objective. Dans ses arrêts Ministère de l'Intérieur du 23 décembre 2011, le Conseil d'État a quasi intégralement aligné les pouvoirs du juge dans le cadre du déféré préfectoral sur ceux qui sont les siens dans les recours Tropic, si ce n'est la possibilité d'accorder des dommages-intérêts au requérant en réparation des droits lésés qui n'aurait bien évidemment pas lieu d'être dans un déféré préfectoral, le préfet agissant en tant que garant de la légalité et ne subissant aucun préjudice. C'est toutefois de façon étonnante que le Conseil d'État juge que l'annulation du contrat n'est possible qu'en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits des cocontractants. En effet, si la prise en compte de l'intérêt général ne pose guère de difficultés, il semble moins logique que le juge s'intéresse aux droits des cocontractants dans ce cadre.

Toutefois, l'office du juge tel que résultant de ces arrêts a déjà été remis en cause. Par un arrêt Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude du 9 mai 2012, rendu par les mêmes sous-sections réunies, le Conseil d'État a jugé :

« Il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit en décidant que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues par les parties, soit en prononçant, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou son annulation. »

Aux termes de cet arrêt, les pouvoirs du juge ne sont donc plus les mêmes que ceux qui lui ont été octroyés par les arrêts du

(7) H. Legal, « Le déféré préfectoral des contrats locaux : excès de pouvoir ou plein contentieux ? », RFDA 1991, p. 966.

(8) A. Claeys, « Le déféré préfectoral contre un contrat est un recours de plein contentieux », Dr. adm. n° 3, Mars 2012, comm. 27.

(9) CE 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, préc. — CE 21 février 2011, Sté Ophrys, req. n°337349.

(10) CE ass., 28 décembre 2009, Cne de Béziers, req. n°304802.

(11) F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Vers une harmonisation du contentieux administratif des contrats ? », Contrats marchés publ. n° 6, juin 2010, repère 6.

(12) F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quel sort l'évolution du contentieux contractuel peut-elle réserver au déféré préfectoral ? », préc.

23 décembre 2011. On constate que le juge n'a plus le pouvoir de modifier certaines clauses du contrat, il peut seulement décider de la poursuite de l'exécution de celui-ci, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation (lesquelles peuvent désormais comme auparavant être prises par la personne publique mais aussi, et c'est nouveau, être convenues par les parties au contrat) ou prononcer la résiliation ou l'annulation du contrat, dans les deux cas éventuellement avec un effet différé et sous réserve que cela ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Ainsi, à la différence de l'office du juge dans le cadre d'un recours Tropic, mais également de la solution initialement retenue par les arrêts du 23 décembre 2011, d'une part, le juge n'a pas à prendre en compte les droits des cocontractants, et d'autre part doit prendre en considération l'intérêt général non seulement s'il envisage l'annulation du contrat mais aussi s'il souhaite prononcer sa résiliation.

Et si la plupart des modifications introduites ne peuvent qu'être approuvées et se comprennent aisément, une interrogation pèse toutefois sur la suppression du pouvoir pour le juge de modifier certaines clauses du contrat. Cette réduction des pouvoirs du juge, qui ne va pas dans le sens de la tendance jurisprudentielle actuelle, nous semble d'autant moins compréhensible que, dans ses conclusions sous les arrêts Ministère de l'Intérieur, Bertrand Dacosta insistait sur la nécessité pour le juge de « pouvoir disposer de toute la gamme de pouvoirs juridictionnels », sans toutefois citer la modification de certaines clauses contractuelles.

Quelles conséquences tirer de cette évolution des pouvoirs du juge ? Faut-il simplement en conclure que le Conseil d'État a donné une plus grande autonomie au déféré préfectoral en matière contractuelle par rapport au recours Tropic ? Ou le Conseil d'État a-t-il entendu par l'arrêt Syndicat Départemental des Ordures Ménagères de l'Aude faire évoluer les pouvoirs du juge saisi d'un recours Tropic sur lesquels sont calqués ceux du juge saisi d'un déféré préfectoral en matière contractuelle ? Cette seconde hypothèse aurait le mérite d'approcher encore un peu plus l'objectif d'unification du contentieux contractuel que semble s'être fixé le juge administratif. En effet, le considérant de principe de l'arrêt Syndicat Départemental des Ordures Ménagères de l'Aude se rapproche au plus près (compte tenu des spécificités de chaque recours) de ceux des arrêts Béziers I et Société Ophrys. La première hypothèse au contraire ne nous semble pas dans la mouvance actuelle du contentieux administratif qui tend à l'unification. En matière contractuelle, le passage du déféré préfectoral de l'excès de pouvoir au plein contentieux avait d'ailleurs pour finalité d'éviter que l'identité du requérant prime sur l'objet du recours et impacte les pouvoirs du juge. Ce serait alors faire marche arrière que d'octroyer aujourd'hui au juge des pouvoirs différents suivant qu'il est saisi par un concurrent évincé ou par le préfet, ce serait au contraire poursuivre l'évolution déjà amorcée que d'aligner les pouvoirs du juge dans les quatre types de recours ouverts à l'encontre du contrat.

## **B) Les pouvoirs du juge saisi de conclusions à fin de suspension de l'exécution d'un contrat**

D'autre part, l'arrêt Syndicat Départemental des Ordures Ménagères de l'Aude est venu préciser l'office du juge lorsqu'il est saisi de conclusions à fin de suspension du contrat attaqué sur

le fondement de l'article L. 2131-6 du CGCT qui impose au juge de faire droit à la demande de suspension dont le préfet assortit son déféré si l'un des moyens invoqués paraît propre à créer un doute quant à la légalité de l'acte attaqué.

La doctrine s'était interrogée sur la conciliation, à première vue difficile, des nouveaux pouvoirs du juge face à un déféré préfectoral avec ces dispositions<sup>(13)</sup>. En effet, si toute illégalité devait à cet égard être considérée comme propre à créer un doute sérieux sur la légalité du contrat, le juge aurait été contraint de prononcer la suspension de celui-ci alors même qu'une fois l'illégalité établie, le contrat ne serait dans nombre d'hypothèses pas annulé. Le Conseil d'État juge, comme l'avaient envisagé certains auteurs<sup>(14)</sup>, « qu'il lui appartient également de prendre en considération la nature de l'illégalité commise pour se prononcer sur les conclusions à fin de suspension de l'exécution du contrat sur le fondement de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales ». En conséquence, si l'illégalité relevée n'apparaît pas de nature à remettre en cause la validité du contrat, il ne doit pas être fait droit aux conclusions à fin de suspension, c'est là une solution tout à fait cohérente.

S'il est difficile de préjuger de l'impact que pourra avoir ce revirement de jurisprudence sur le nombre de déférés préfectoraux qui pourra être introduit à l'avenir contre les contrats de collectivités territoriales, il nous semble que cette jurisprudence pourrait désinhiber les services préfectoraux qui étaient souvent réticents à saisir le juge administratif, de peur notamment des répercussions négatives, sur l'intérêt général, d'une annulation, laquelle était la seule mesure susceptible d'être prononcée par le juge en cas d'illégalité. Les nouveaux pouvoirs du juge ne devraient pas freiner l'introduction de déférés, puisque les contrats de la commande publique figurent au nombre des priorités nationales du contrôle de légalité<sup>(15)</sup> et que les premières applications de cette jurisprudence tendent à démontrer qu'une attention particulière est toujours portée aux déférés préfectoraux. Le tribunal administratif de Paris a par exemple pu relever que la validation d'un avenant illégal<sup>(16)</sup> « priverait d'effet utile le contrôle du juge du contrat qui ne pourrait que constater le bouleversement de l'économie générale du marché sans que des conséquences concrètes de la violation de l'article 20 du code des marchés publics puissent être tirées » mais « priverait également d'efficacité le contrôle de légalité dont est chargé le représentant de l'État ». Près de cinq ans après l'arrêt Société Tropic Travaux Signalisation, c'est en tout état de cause une nouvelle étape dans l'évolution du contentieux contractuel que marquent les arrêts Ministère de l'Intérieur et Syndicat Départemental des Ordures Ménagères de l'Aude, il ne s'agit toutefois probablement pas là de son aboutissement. ■

(13) Voir par exemple F. Brenet, « La requalification du déféré préfectoral exercé contre un contrat administratif en recours de pleine juridiction », RJEP n° 697, mai 2012, comm. 25.

(14) R. Lauret et P. Proot, « Le déféré préfectoral contre un contrat administratif relève du plein contentieux », CP-ACCP, n° 119, mars 2012, p. 73.

(15) Circulaire du 25 janvier 2012 (NOR : IOC1202426C) du ministre de l'Intérieur, de l'Outremer, des collectivités territoriales et de l'immigration relative à la définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité.

(16) TA Paris 6 janvier 2012, Préfet de la Région Ile-de-France, Préfet de Paris c/Sté Semparseine et ville de Paris, req. n°1111213/7-2.