

**AJDA 2012 p. 2154****Face au contrat, le préfet reste-t-il un requérant « super privilégié » ?  
Réflexions sur l'évolution du déféré préfectoral en matière contractuelle****Stéphanie Douteaud, Pau Droit public****L'essentiel**

Alors que le préfet a longtemps disposé, par l'intermédiaire du déféré préfectoral, d'une voie de contestation confortable, le juge administratif, en soumettant le déféré au régime de plein contentieux en matière contractuelle a entendu procéder à un alignement des régimes contentieux des tiers au contrat. Si le préfet conserve quelques attributs qui en font encore un requérant « super privilégié » (conditions de recevabilité du recours, régime du déféré suspension), il semblerait que la perte de ce privilège ne soit plus qu'une question de temps.

Le déféré préfectoral aurait-il perdu de sa superbe ? Victime de l'effet d'annonce, son succès fut de courte durée. Ephémère diront certains. A l'heure du constat, la doctrine est unanime : le déféré n'est pas le recours actif que l'on pouvait espérer. Son récent déclin sonnerait comme la chronique d'une mort annoncée (v. not., J. Caillosse, *Déféré préfectoral, ordre juridique et « arrangements » locaux*, Pouvoirs locaux 1994, n° 22, p. 97, spéc. p. 98 ; J.-F. Brisson, *Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004 - A la recherche des illusions perdues*, AJDA 2005. 126 ; C. Biget, *Moins d'actes soumis au contrôle de légalité*, AJDA 2011. 536).

Alors que le déféré survit plus qu'il ne vit, c'est le sursaut. De la doctrine d'abord (F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Quel sort l'évolution du contentieux contractuel peut-elle réserver au déféré préfectoral ?*, Contrats Marchés publ. 2012. Repère p. 1), du Conseil d'Etat juste après (CE 23 déc. 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, req. n° 348647, Lebon ; AJDA 2012. 5 et 1064, note M. Quyollet ; RDI 2012. 282, obs. R. Noguellou ; RFDA 2012. 683, note P. Delvolvé ; CE 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, req. n° 355665, Lebon ; AJDA 2012. 976 et 1688, note J. Martin ; RDI 2012. 403, obs. R. Noguellou). Etonnante coïncidence calendaire.

Ne nous y trompons pas, la réaction du Conseil d'Etat était indispensable. Sur les terres du contentieux du contrat, le déféré était le dernier bastion du juge de l'excès de pouvoir - donc de l'annulation brute - face à l'invasion du juge du plein contentieux aux sanctions plus édulcorées. L'incohérence tenait en ces termes : quelle logique sinon celle - à l'évidence inacceptable - de l'habitude pouvait justifier qu'un seul requérant, fût-il particulier, puisse encore obtenir la disparition rétroactive du contrat vicié, lorsque, dans le même temps, tous les autres requérants, y compris les parties, s'étaient vu opposer des sanctions juridictionnelles alternatives à l'annulation ? La question appelait une réponse capable d'apporter à la structure du contentieux la cohérence qui lui faisait défaut.

Deux solutions pouvaient être envisagées.

La première repose sur une conception « micro contentieuse ». Elle consiste à observer le déféré en tant qu'instrument juridictionnel de contestation pris isolément. De l'avis de François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, la dissection de l'action préfectorale révèle un état de santé qui justifie le maintien du *statu quo*. En laissant le déféré aux mains du juge de l'excès de pouvoir, l'harmonie entre le déféré suspension et le régime du référé-suspension (art. L. 521-1 CJA) est préservée. Pour ces auteurs, l'étroite dépendance qui lie la suspension à l'annulation probable de la convention au fond rend incongrue la révision du déféré dans le sens d'une modernisation des sanctions. Si le contrat ne peut plus être annulé qu'en de rares hypothèses, l'analyse du doute sérieux quant à sa légalité se complexifie puisque la

logique d'examen, classique en référé, de l'illégalité potentielle du contrat par rapport à son degré d'annulabilité devant le juge du fond devient caduque. L'évolution des sanctions du juge du déféré menacerait l'effectivité des demandes de suspension futures. Mais cette solution conservatrice se trouvait sérieusement concurrencée par la tentation de la migration vers l'office du juge de plein contentieux. Conscient que le maintien de sa compétence était compromis, le juge de l'excès de pouvoir a tenté de résister en expérimentant la technique de la modulation des effets de l'annulation d'une délégation de service public déferée par le représentant de l'Etat (v. not., TA Amiens, 26 avr. 2011, req. n° 1000854, AJDA 2011. 2494 ). En vain.

C'est la seconde option qui reçut les faveurs du Conseil d'Etat. Conçue d'après une approche « macro contentieuse », cette méthode appréhende le déféré comme un instrument de contestation parmi d'autres. Et aboutit à la migration du déféré en zone de pleine juridiction. Ce choix n'est pas véritablement surprenant. Il n'aura échappé à aucun observateur que la mise en ordre du contentieux contractuel profite au juge du plein contentieux. Aussi n'est-on pas véritablement étonné de constater que le déféré préfectoral s'est trouvé à son tour happé par son irrésistible force d'attraction.

La manoeuvre fut d'autant plus simple que l'émigration du déféré ne s'exposait qu'à peu - voire pas - d'obstacles juridiques extérieurs. S'il demeura longtemps considéré comme un recours pour excès de pouvoir, ce n'est pas parce qu'une disposition légale l'exigeait. L'article 3 de la loi de 1982 (L. n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, codifié à l'art. L. 2131-6 du CGCT) permet, certes, au juge des référés de prononcer la suspension de l'exécution de l'acte s'il estime que l'un des moyens développés par le préfet est susceptible d'entraîner son annulation au fond. Mais le pouvoir d'annulation n'est abordé que de façon incidente ; cette référence ne liant nullement la compétence du juge administratif, libre de considérer que l'annulation ne serait qu'un des pouvoirs dont il disposerait en pareille situation. C'est bien au juge seul qu'est due la décision de labelliser le déféré en recours pour excès de pouvoir (v. pour une référence implicite : CE 27 févr. 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante c/ M<sup>me</sup> Lancelot*, req. n° 54848, Lebon 80  ; pour la reconnaissance officielle : CE 26 juill. 1991, *Commune de Sainte-Marie [Réunion]*, req. n° 117717, Lebon 302  ; AJDA 1991. 739  et 693, chron. C. Maugué et R. Schwartz  ; RFDA 1991. 966, concl. H. Legal  ). Le seul obstacle que le juge administratif devait franchir pour opérer le basculement du déféré était donc un obstacle d'ordre interne parce que jurisprudentiel. Le Conseil d'Etat a longtemps privilégié l'argumentaire du commissaire du gouvernement Legal, fondé sur la nature des moyens invocables par le préfet et sur l'immixtion progressive du juge de l'excès de pouvoir dans la sphère contractuelle (H. Legal, concl. sur CE 26 juill. 1991, *Commune de Sainte-Marie [Réunion]*, préc.). Il aura fallu vingt-deux ans au Conseil d'Etat pour se ranger à l'avis du président Stirn (CE 3 févr. 1989, *Maire de Paris*, req. n° 104680, Lebon 47  ).

Avec ses récentes décisions, le juge fait un pas de plus vers la thèse de l'alignement des régimes contentieux des tiers au contrat. Jusqu'alors, le contentieux contractuel était articulé autour d'un noyau de requérants non partie au contrat, que l'on pouvait distinguer en trois catégories. Les plus nombreux, les tiers ordinaires, forment la catégorie la plus hétérogène. Elle regroupe tous ceux que le contrat peut affecter sans qu'ils puissent pour autant lui opposer un droit d'une quelconque nature. Ceux-là ne sont recevables qu'à attaquer les actes qui gravitent autour du contrat et bénéficient du régime contentieux le moins confortable. Les concurrents évincés de la procédure de passation disposent quant à eux de voies de droit plus nombreuses et plus immédiates dans la mesure où elles leur permettent de contester directement l'acte contractuel. Ils forment le cercle des requérants privilégiés. Enfin, une troisième catégorie recensait des tiers avantagés à tel point que l'on pouvait les qualifier de requérants « super privilégiés ». Elle avait la double spécificité de permettre à ceux-ci d'obtenir aisément la suspension et la disparition rétroactive du contrat et de ne concerner qu'une seule espèce de tiers : le préfet.

Elle avait également l'argument de sa longévité. Vingt ans que le préfet disposait d'une voie de contestation confortable. Trop sans doute. Le Conseil d'Etat vient de rappeler, non sans une certaine fermeté, que toutes les bonnes choses ont une fin, en alignant le régime du déféré sur celui des recours réservés aux concurrents

évincés. Et d'éreinter ainsi la dimension pédagogique de la classification triptyque des requérants. Car si le préfet conserve encore quelques privilèges susceptibles de le maintenir dans son rang de requérant « super privilégié », le Conseil d'Etat semble décidé à lui faire perdre ses lettres de noblesse.

### **I - Le préfet conserve quelques attributs qui en font encore un requérant « super privilégié »**

Le déféré n'a pas encore perdu son triple « A » : avantageux au stade de la recevabilité de son action, avantageux dans la saisine du juge de la suspension, avantageux dans le choix de l'action reconnue au préfet.

A. Des conditions de recevabilité préférentielles au moment de déférer le contrat  
Au stade de la recevabilité de la requête, le préfet conserve deux avantages. Il n'a ni à apporter la preuve de son intérêt à agir contre le contrat ni à se préoccuper du point de départ de son délai d'action.

L'absence de caractérisation de l'intérêt à agir contre le contrat est un avantage redoutable. Denys de Béchillon et Philippe Terneyre parlent d'une « présomption » (D. de Béchillon et P. Terneyre, *Contentieux des contrats administratifs*, Rép. contentieux administratif, déc. 2000, § 206). C'est bien de cela qu'il s'agit. Le préfet défère, point. Il est dispensé de convaincre le juge qu'il est compétent pour ce faire, à moins d'établir que l'acte souffre d'incompétence *ratione loci*. Le juge bordelais a souligné l'ampleur de cette présomption en opposant l'inopérance à la commune défenderesse qui s'entêtait à prouver que le préfet n'avait pas intérêt à agir contre l'acte péricontractuel déféré (TA Bordeaux, 15 juin 2006, req. n° 0602049, AJDA 2006. 1244 ☞ ; D. 2007. 3097, obs. C. Willmann, Y. Rousseau, J.-M. Labouz et F. Moreau ☞). Cette particularité contentieuse n'a rien d'anecdotique et constitue un véritable privilège pour qui sait à quel point le juge peut être rigoureux quand il s'agit d'examiner la recevabilité des requêtes introduites par les concurrents évincés. En choisissant de ne pas retenir la proposition du commissaire du gouvernement Didier Casas de notion de « tiers pouvant se prévaloir d'un droit de nature patrimoniale [et] qui aurait été lésé par la conclusion du contrat » (D. Casas, *Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs*, concl. sur CE, ass., 16 juill. 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, req. n° 291545, Lebon ☞ ; AJDA 2007. 1577 ☞, chron. F. Lenica et J. Boucher ☞, 1497, tribune S. Braconnier ☞ et 1777, tribune J.-M. Woehrling ☞ ; D. 2007. 2500 ☞, note D. Capitant ☞ ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ☞, 2008. 42, obs. R. Noguellou ☞ et 2009. 246, obs. R. Noguellou ☞ ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas ☞, 917, étude F. Moderne ☞, 923, note D. Pouyaud ☞ et 935, étude M. Canedo-Paris ☞ ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier ☞ ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ☞), le Conseil d'Etat a non seulement fermé la porte à une définition simple de l'intérêt à agir, parce que fondée sur une notion maîtrisée par le juge administratif ; mais également volontairement refusé le bénéfice de cette nouvelle action à une part importante de requérants potentiels, tels que les usagers du service public et les contribuables locaux. La notion restrictive de « concurrent évincé » révéla l'existence d'une redoutable arme de dissuasion à l'endroit de ceux qui tenteraient d'assaillir le prétoire du juge *Tropic*. La référence à l'éviction du requérant permettait de conditionner la recevabilité de l'action à l'édition d'une décision administrative d'exclusion de la procédure de passation. Elle plaçait le juge en situation de solder par un rejet les requêtes introduites par les candidats qui se seraient abstenus de présenter une offre, que ce renoncement soit dû ou non à une irrégularité commise par le pouvoir adjudicateur (pour une décision en sens contraire, v. CAA Nantes, 16 déc. 2010, *Commune d'Epron, SNC Foncier conseil, dite Nexity foncier conseil*, req. n° 09NT02195, AJDA 2011. 1272 ☞, concl. S. Degommier ☞ ; AJCT 2011. 255, obs. P. Ibanez ☞ ; pour un aperçu de la position jurisprudentielle plus favorable du juge de l'excès de pouvoir saisi d'un acte détachable par un candidat ayant renoncé, v. CE 19 janv. 1938, *Société La céramique française*, Lebon 51 ; pour un exemple récent, CAA Marseille, 11 juill. 2011, *Société d'équipement de la région Montpellieraine*, req. n° 10MA01715). Potentiellement, cette interprétation restrictive était envisageable (voire, fut envisagée : CE 16 nov. 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire, Association Collectif respect*, req. n° 328826, Lebon 839 ☞ ; AJDA 2009. 2141 ☞). Le Conseil d'Etat s'est néanmoins refusé à la consacrer, préférant, au contraire, repousser les frontières de l'intérêt à agir (CE 11 avr. 2012, *Société Gouelle*, req. n° 355446, Lebon ☞ ; AJDA 2012. 790 ☞ et 1109 ☞, note P. Cassia ☞ ; RDI 2012. 398, obs. S.

Braconnier  ; AJCT 2012. 435, obs. S. Hul  ). Débordant - volontairement - du cadre de la demande d'avis soumise par le tribunal de Rennes, le Conseil d'Etat déclare que le « concurrent évincé » est celui qui « aurait eu un intérêt à conclure le contrat ». L'intérêt à agir des requérants *Tropic* est élargi puisque la circonstance qu'ils aient ou non été candidats, qu'ils aient été admis à présenter une offre et, *a fortiori*, que cette dernière eût été irrégulière, inappropriée ou inacceptable est indifférente.

Plus encore, le juge du Palais-Royal harmonise la recevabilité des actions engagées par l'ensemble des requérants privilégiés en choisissant d'utiliser la notion d'« intérêt à conclure » qui définit l'intérêt à agir des tiers admis à former un des référés contractuels (il ne s'agit toutefois pas d'une superposition parfaite de l'intérêt à agir de ces deux cercles de requérants, le Conseil ayant pris soin d'écarter toute hypothèse de « SMIRGEOMisation » du recours en contestation de validité). Le recours au critère de l'« intérêt à conclure » va indéniablement catalyser l'ouverture du recours *Tropic*. Aux yeux du juge administratif, doit être considérée comme ayant un intérêt à conclure toute entreprise dont l'objet social répond aux prestations attendues par le pouvoir adjudicateur (v., sur la suffisance du critère de spécialité : CE 16 déc. 1996, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique*, req. n° 158234, Lebon  493 ; D. 1997. 297 , obs. P. Terneyre  ; CE 8 août 2008, *Région de Bourgogne*, req. n° 307143, Lebon  819 ; AJDA 2009. 54 , note P. Labayle-Pabet et N. Gardères  et 2008. 1565  ; RDI 2008. 503, obs. R. Noguellou  ). A partir du moment où le requérant exerce une activité qui le place en situation de cocontractant potentiel, peu importe son degré de participation à la compétition pour remporter le contrat. Si l'intérêt à agir des requérants privilégiés sera dorénavant apprécié avec davantage de souplesse par le juge, cela ne les place pas pour autant en situation de rivaliser avec le préfet. La décision *Ministre de l'intérieur* n'a procédé qu'à une refaction partielle du régime du déféré en laissant inchangé le principe de la présomption de l'intérêt à agir du représentant de l'Etat. Or, il demeure une différence très nette entre un intérêt à agir présumé et un intérêt à agir largement apprécié, différence qui n'a rien d'anecdotique : la preuve. Pour cette raison au moins, le préfet évolue dans un climat contentieux plus favorable que les concurrents privilégiés et rend prématurée l'annonce d'une parfaite assimilation entre ces requérants.

Le préfet bénéficie d'un avantage moins immédiatement perceptible : le délai de recours. On objectera qu'il est de deux mois indépendamment de la personne du requérant. A une nuance près. Celui du préfet s'ouvre à compter du moment où l'acte est reçu en préfecture ou, lorsque l'acte n'est pas soumis à obligation de transmission et que l'autorité compétente refuse de procéder à l'envoi de l'acte, dans les deux mois qui suivent la réception de la décision explicite ou implicite de refus. Le délai d'action court ainsi à compter de la survenance d'un événement certain et permanent, donc plus objectif. Peu importe que le contrat concerne la fourniture d'une photocopieuse pour la mairie d'une commune de moins de 3 000 habitants ou qu'il conditionne la construction et l'exploitation d'un projet audacieux. Dans tous les cas et sauf hypothèse de recours gracieux ou de demande de complément, l'action s'ouvrira dans les deux mois suivant la transmission ou le refus de transmettre.

La question du délai est plus problématique lorsqu'il s'agit d'un recours en contestation de validité émanant d'un tiers parce que le point de départ du délai de recours est emprunt de subjectivité. En le faisant dépendre des mesures de publicité « appropriées » et en utilisant l'adverbe « notamment » dans l'arrêt *Tropic*, le Conseil d'Etat s'est engouffré dans la brèche de l'analyse circonstancielle. Les tiers privilégiés sont alors confrontés à une double difficulté par rapport au préfet. Ils doivent tout d'abord parvenir à déterminer la nature de l'acte visé par le juge *Tropic* lorsqu'il exige que la convention critiquée ait été publiée. Certains juges estiment que c'est la décision de signer qui doit être publiée (CAA Lyon, 5 mai 2011, *Société SMTP*, req. n° 10LY00134). Pour d'autres, c'est l'avis d'attribution qui doit faire l'objet d'une diffusion (CAA Lyon, 5 janv. 2012, *Société Portelinha*, req. n° 10LY02248) ; en dépit des difficultés de diffusion de cet acte de portée individuelle, le juge considère parfois que c'est la décision qui informe le concurrent victorieux que son offre a été acceptée qui permet de satisfaire le caractère « approprié » de la publicité du contrat et, donc, ouvre le délai d'action (CAA Nantes, 4 juin 2010, *Société Hexagone 2000*, req. n° 09NT02470).

Outre la question de sa nature, les concurrents évincés doivent s'interroger sur l'intensité de la publicité de la conclusion du contrat. On sait que le Conseil d'Etat considère que la publicité de la décision d'initier une consultation est déterminée par les circonstances de l'espèce (CE 1<sup>er</sup> avr. 2009, *Communauté urbaine d'Orléans, Société Kéolis*, req. n° 323585, Lebon 621 et 1889, note F. Train ; RFDA 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux). Concernant la publicité de la décision de solder la procédure de passation, la jurisprudence est indécise parce que circonstancielle. Parfois le juge conditionne l'ouverture du délai à la circonstance que la décision de rejet de l'offre du candidat indique les modalités de consultation du contrat (CAA Marseille, 15 oct. 2009, req. n° 07MA03259). Certes, le subjectivisme ambiant n'a pas poussé le Conseil d'Etat à transposer la solution de l'affaire *Communauté urbaine d'Orléans* au stade de la conclusion, en agitant le motif de l'expérience professionnelle du requérant pour lui opposer le fait qu'il ne pouvait ignorer l'imminence de la signature et, ainsi, considérer que le délai de recours est ouvert par l'acte de notification du rejet de son offre. Le seuil de publicité requis pour provoquer l'ouverture du délai semble exempt de considération tenant au comportement du requérant, ce critère restant, pour l'instant, réservé aux seules actions des parties au contrat (CE 18 nov. 2011, *Communauté d'agglomération de Villardun*, req. n° 342642, Lebon ; AJDA 2012. 598, note S. Aubert ; AJCT 2012. 210, obs. S. Hul).

Ces deux paramètres, lourds de conséquences, indiffèrent le préfet. En laissant inchangées les conditions de recevabilité du déféré, les récentes décisions maintiennent le principe de l'ouverture du délai d'action en fonction de l'intervention d'un acte type : la décision ou le refus de transmission, évacuant le poids de l'incertitude. Et de lui offrir le privilège de la prévisibilité du délai de recours. Pour cette raison, les conditions de recevabilité du déféré restent exceptionnelles et conservent au préfet son statut de requérant « super privilégié ».

#### B. Le bénéfice d'un accès facilité au juge de la suspension du contrat

La décision *Syndicat départemental d'ordures ménagères de l'Aude* a profondément bouleversé les critères d'appréciation de la condition relative à l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité du contrat soumis au juge du déféré suspension (art. L. 551-4 CJA). Mais elle n'est pas revenue sur le privilège de la présomption irréfragable d'urgence dont jouit le représentant de l'Etat, qui n'a donc pas à prouver que les conditions dans lesquelles est intervenue la conclusion du contrat risquent de préjudicier gravement à un intérêt protégé (CE 19 janv. 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req. n° 228815, Lebon 29 ; AJDA 2001. 152 et 150, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2001. 1414, note B. Seiller et 2002. 2220, obs. R. Vandermeeren ; RFDA 2001. 378, concl. L. Touvet).

Cet avantage n'est pas mince au regard de la situation juridique des concurrents évincés et des tiers ordinaires qui décident d'assortir leur recours d'un référé-suspension. Rappelons que c'est le régime de la suspension de droit commun qui s'applique alors (art. L. 521-1 CJA). Les concurrents malheureux doivent établir l'urgence de la situation avant même de tenter de convaincre le juge de l'illégalité éventuelle du contrat (la seule hypothèse d'urgence présumée en contentieux de la suspension contractuelle initiée par des tiers reste résiduelle, v. CE 6 mars 2009, *Société Biomérieux*, req. n° 324064, Lebon 97 ; AJDA 2009. 455). Or l'examen des - rares - ordonnances rendues en la matière révèle l'existence d'une véritable présomption de « non-urgence ».

Le Conseil d'Etat attache une importance toute particulière à la finalité du contrat : la satisfaction du bien commun. Autant exiger du requérant qu'il démontre que le contrat n'a pas véritablement vocation à satisfaire l'intérêt général. Lorsque c'est la décision de résilier le contrat qui est soumise à l'appréciation du juge de la suspension par un tiers, le juge du Palais-Royal sanctionne l'ordonnance du juge qui refuse de prendre en considération le moyen opérant de l'importance de la prise d'effet immédiate de cet acte pour la continuité du service public (CE 3 févr. 2012, *Communauté d'agglomération de Villfranch-sur-Saône*, req. n° 353250). Ainsi, lorsque le requérant,

privilegié ou non, tente de démontrer l'urgence, il part avec un désavantage majeur puisque la balance des intérêts en présence penche, par principe, en faveur de la continuité de l'action de l'opération contractuelle (d'ailleurs, la seule application positive qui en ait été faite concerne une hypothèse de méconnaissance flagrante d'une norme supérieure, illégalité amplifiée par la circonstance qu'était en cause l'exercice d'un droit fondamental, v. *Ministre de l'immigration*). Le critère de la « continuité du service public » constitue un obstacle de taille à l'obtention de la suspension. Si l'absence de perturbation du service public concerné est érigée en condition nouvelle, le champ des contrats passibles de suspension se réduit de façon drastique. Ajoutons à cela la tendance, qu'ont certains magistrats, à céder à la tentation de considérer la situation du requérant dans la compétition pour apprécier l'urgence (forme nouvelle de prise en compte du critère de la « chance sérieuse d'obtenir le contrat », v. not., TA Pau, ord., 18 avr. 2012, *Société landaise de travaux électriques*, req. n° 1200580). On ne peut que se rendre à l'évidence : le préfet bénéficie d'un avantage considérable par rapport aux concurrents évincés lorsqu'il forme des conclusions aux fins de suspension du contrat.

### C. Le bénéfice du choix de l'action à engager contre le contrat

Le Conseil d'Etat a procédé à une sophistication partielle du recours spécial du préfet. Seul le déféré contractuel et, par extension, le déféré suspension, ont été améliorés puisque le motif avancé par le juge pour justifier l'opération de transfert de régime contentieux repose non pas sur la qualité du requérant mais sur « l'objet » de la demande (décisions *Ministre de l'intérieur* et *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, préc.). Toutefois, le déféré peut également être formé à l'encontre d'un acte unilatéral précontractuel. La référence à « l'objet » de la requête circonscrit la migration aux seuls déférés contractuels, laissant inchangé le régime du déféré des actes détachables.

Le préfet est donc, à ce jour, le seul requérant à disposer du choix du régime de son action. Qu'il décide d'anticiper en déférant un acte préparatoire, et c'est le juge de l'excès de pouvoir qui sera compétent, sa demande de suspension sera alors traitée selon une stricte interprétation de l'article L. 554-1 du code de justice administrative. Qu'il décide de déferer le contrat et c'est au juge de pleine juridiction qu'il reviendra de connaître de son action et le régime de la suspension sera alors celui tel que défini par la décision *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*. Notons qu'il existe ici une « sous-option » lorsque la nature du contrat en cause est un marché public ou une délégation de service public. Si le préfet introduit son recours dans les dix jours suivant la transmission, il bénéficie du régime de la suspension automatique (art. L. 554-2 CJA). Le déféré subit une réelle scission de son régime, faisant du préfet le premier requérant à disposer d'une action contentieuse à géométrie variable pour un même acte.

La faculté de choisir la nature de l'action à exercer consolide le statut du préfet en tant que requérant « super privilégié ». Du moins jusqu'à ce que le Conseil d'Etat en décide autrement. Car cet état du droit pourrait bien n'être que transitoire. On peine à imaginer que cette option puisse perdurer. Sans se livrer à un périlleux exercice divinatoire, on peut présager qu'à court terme, le juge du Palais-Royal soumette le déféré formé contre un acte précontractuel à une modernisation des pouvoirs du juge de l'exécution. Et d'envisager, après un *Béziers II*, un *Ophrys II* (CE 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, req. n° 304806, Lebon 117  ; AJDA 2011. 670 , chron. A. Lallet  ; RDI 2011. 270, obs. S. Braconnier  ; AJCT 2011. 291 , obs. J. -D. Dreyfus  ; RFDA 2011. 507, concl. E. Cortot-Boucher  et 518, note D. Pouyaud  ; CE 21 févr. 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-communauté*, req. n° 337349, Lebon 54  ; AJDA 2011. 356  ; RDI 2011. 277, obs. R. Noguellou  ; AJCT 2011. 419, obs. F. Scanvic ). Cette solution rendrait au contentieux contractuel une cohérence « micro contentieuse », interne au déféré, mais également « macro contentieuse » en instillant l'homogénéité qui manque au contentieux des actes détachables.

En dépit du bouleversement qu'ont entraîné les décisions *Ministre de l'intérieur* et *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, le

préfet conserve des avantages exclusifs par rapport aux requérants privilégiés. L'heure de la réunification du régime des tiers au contrat n'a pas encore sonné, sans que l'on puisse raisonnablement occulter son imminence.

## **II - La perte de ce statut de requérant « super privilégié » n'est qu'une question de temps**

Tout investi d'une mission constitutionnelle qu'il soit (art. 72 al. 6 Const.), le préfet n'est pas irréductiblement différent des autres tiers au contrat. Le Conseil d'Etat semble décidé à unifier le régime des requérants non partie à la convention contestée. Cette volonté unificatrice se pressent dans ses décisions qui intensifient des similarités contentieuses en unifiant les pouvoirs du juge du contrat ; en rapprochant ses méthodes de traitement de l'irrégularité et en instillant une dose de contextualisation au déféré suspension.

A. Les pouvoirs du juge du déféré sont désormais les mêmes que ceux du juge du contrat

Cette première similarité est immédiatement perceptible : la nature de la demande s'analyse désormais comme un « recours de pleine juridiction », les pouvoirs des juges des tiers privilégiés et « super privilégiés » sont exactement les mêmes. Et pour cause, le juge du déféré a tout simplement calqué ses nouvelles attributions sur celles de son homologue *Tropic*. A peine le Conseil d'Etat s'est-il autorisé une petite remise en ordre dans la décision *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude* (il a en effet interverti l'énumération des pouvoirs du juge en fonction d'une logique de gradation de leur intensité et a supprimé le pouvoir, très contesté par la doctrine, de la modification des clauses du contrat). Prenant immédiatement la mesure de son nouvel office, le juge décide que la nature du vice en présence (incompétence *ratione temporis* des autorités locales ayant mené la procédure de consultation) permet d'assainir la convention. Dans une affaire récente, le Conseil d'Etat, saisi par le préfet, laisse la possibilité aux parties de régulariser la situation contractuelle en adoptant une nouvelle délibération et relaye l'annulation au rang de sanction ultime (CE 4 juill. 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres métropole [CACM], Veolia eau - Compagnie générale des eaux*, req. n° 352417, Lebon  ; AJDA 2012. 1376 ). Placé sur un pied d'égalité avec le juge de la contestation du contrat, le juge du déféré préfectoral peut désormais recourir à la technique de l'ajustement, c'est-à-dire échapper à la fatalité de l'annulation pour, au contraire, considérer l'impact de l'illégalité afin de choisir la sanction la plus adaptée. En l'espèce, comme il ne s'agit pas d'une compétence *ratione materiae*, seule véritablement problématique pour la survie du contrat, il autorise l'autorité compétente à procéder à une régularisation rétroactive de la délibération attribuant le marché et autorisant le conseil d'administration de la régie à la signer.

B. Le juge du déféré recourt désormais aux mêmes méthodes de traitement de l'illégalité que le juge du contrat

Cette seconde similarité suppose une connaissance certaine de la jurisprudence pour être décelée. Elle intéresse le traitement de l'irrégularité, autrement dit, les méthodes développées par le juge du contrat pour appréhender les vices qui affectent le contrat. Jusqu'à présent, le juge du déféré pouvait connaître de tous les moyens d'illégalité et leur appliquait le même traitement, sans les distinguer de quelque manière que ce soit. Soit une illégalité grevait le contrat et il devait être annulé, soit l'illégalité invoquée n'était pas fondée et l'acte perdurait. A partir de maintenant, le juge du déféré devra appliquer la même grille de lecture que le juge du contrat, en retenant les deux mêmes critères : « la nature de l'illégalité commise », d'une part, « l'atteinte excessive à l'intérêt général », d'autre part.

La décision *Ministre de l'intérieur* indique que le juge du déféré « nouvelle génération » ne pourra retenir, au titre des vices potentiels, que celles des illégalités dont la « nature » peut impacter la validité du contrat. En retenant le critère de la « nature de l'illégalité commise », le juge du déféré préfectoral et du déféré suspension soumet le préfet aux mêmes restrictions que les concurrents évincés (décision *Société Tropic travaux signalisation*,

préc.), les parties au contrat (CE 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304802, Lebon 509  ; AJDA 2010. 4  et 142 , chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi  ; D. 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou  ; AJCT 2010. 114, Pratique O. Didriche  ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser  et 519, note D. Pouyaud  ; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni  ), les tiers ordinaires (décision *Société Ophrys*, préc.) et, dans une certaine mesure, des prétendants aux référés contractuels (le critère de la « nature de l'illégalité commise » n'est pas expressément repris, mais la logique reste la même puisque le juge exige que seuls les manquements qui affectent les chances du requérant d'obtenir le contrat doivent être considérés comme ayant impacté la validité de la procédure, v. CE 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe [SMIRGEOMES]*, req. n° 305420, Lebon 324  ; AJDA 2008. 1855 , 2161 , chron. E. Geffray et S.-J. Lieber  et 2374, étude P. Cassia  ; RDI 2008. 499, obs. S. Braconnier  ; RFDA 2008. 1128, concl. B. Dacosta  et 1139, note P. Delvolvé  ; CE 19 janv. 2011, *Grand port maritime du Havre*, req. n° 343435, Lebon 11  ; AJDA 2011. 135  et 800 , note J.-D. Dreyfus  ; RDI 2011. 275, obs. R. Noguellou  ). Relégué au même plan que l'ensemble des détracteurs du contrat, son statut de requérant « super privilégié » perd de son éclat.

Car il ne s'agit pas que d'une simple transposition terminologique dénuée de conséquence. Le juge de plein contentieux entend appliquer à l'ensemble des requérants qui le saisissent le même traitement en retenant une conception sensiblement similaire du vice susceptible de déstabiliser le contrat. Le préfet, comme les autres requérants, se verra opposer une échelle des irrégularités dont certaines seulement seront éligibles au rang d'illégalité « de nature » à compromettre les effets de la convention critiquée. Le nerf de la guerre réside donc dans la définition retenue de la « nature » de ces illégalités. Le Conseil d'Etat a décidé de fonder son appréciation sur leur degré de « gravité ». Il emploie ainsi une méthode de détermination de l'intensité du vice du contrat reposant sur une analyse purement proportionnelle (puisque l'identification du seuil de gravité d'une irrégularité nécessite une comparaison avec d'autres référents ayant la même fonction, donc avec d'autres irrégularités) et qui, finalement, s'intéresse davantage à l'impact du vice sur le sort du contrat qu'à sa nature. Ainsi, est qualifié de grave par le nouveau juge du déféré, le vice qui affecte les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement (décision *CACM*, préc.). Ce n'est donc pas tant la nature du vice (omission d'informer les membres du conseil délibérant du montant de l'indemnisation due au titre du recouvrement des biens non amortis en fin de contrat) que son impact sur le contrat lui-même (cette omission affecte les conditions dans lesquelles le conseil délibérant a consenti à s'engager, or le consentement est une condition de validité du contrat) que le juge retient pour décider de classer cette irrégularité au nombre de celles dont la « nature » justifie qu'elle soit sanctionnée. Ce mode de traitement des irrégularités aboutit à une hiérarchisation informelle entre les différentes irrégularités qui affectent le contrat.

Cette méthode est appliquée à l'ensemble des requérants et, désormais, y compris au préfet. Preuve en est de la référence à la gravité du vice dans la première application de la décision *Ministre de l'intérieur* (TA Paris, 6 janv. 2012, req. n° 1111213, AJDA 2012. 126  ). Confronté à un avenant contaminé par un vice « d'une particulière gravité », le juge décide de rejeter les conclusions aux fins de résiliation de la convention, nonobstant la circonstance que les prestations prévues aient reçu un commencement d'exécution, et de prononcer l'annulation (en en différant toutefois la prise d'effet), conformément à la jurisprudence en vigueur en matière de recours Tropic (v. not., CAA Nantes, 16 déc. 2010, *Commune d'Epron*, préc.). La gravité de l'irrégularité est également le critère qui permet au Conseil d'Etat de déterminer si la nature de l'illégalité décelée est en mesure, ou non, de permettre à l'une des parties d'obtenir la nullité du contrat (CE 20 déc. 2011, *Commune de Portiragnes*, req. n° 334209).

La similarité des méthodes de traitement des irrégularités dépasse le strict

cadre conceptuel. Non seulement le juge utilise la même méthode mais, plus encore, il réserve le même sort aux mêmes vices, indépendamment de la qualité du requérant. Dans l'affaire *Commune de Portiragnes*, qui concerne le contentieux des parties, le défaut de transmission en préfecture de la délibération habilitant le maire à signer avant qu'il ne soit procédé à la signature n'est pas considéré comme étant suffisamment grave pour remettre en cause le contrat. Tout comme dans la décision *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*. Certes, les motifs que le Conseil d'Etat oppose à ce moyen dans chacune de ces affaires sont différents : en contentieux des parties, l'inopérance est consécutive à l'opposition du principe de loyauté contractuelle ; en matière de déféré, la préservation du rôle de « contrôleur de la légalité » du préfet, ainsi que le respect de la chronologie de l'édition des actes soldant l'issue de la procédure contractuelle s'opposent à ce que le juge qualifie de « grave » l'illégalité commise. Preuve que si les méthodes de traitement des irrégularités sont les mêmes, le contentieux contractuel demeure empêtré dans un subjectivisme ambiant.

Soumis à la même méthode de traitement des irrégularités, le préfet ne pourra plus obtenir la disparition rétroactive du contrat que dans de rares hypothèses. Sa destinée rejoint celle des requérants privilégiés.

C. Le juge du déféré suspension utilise désormais les méthodes du juge du référé-suspension

Le juge du déféré suspension succombe à la tentation de contextualiser l'appréciation de la demande de suspension, rapprochant ainsi ses méthodes de celles du juge du référé-suspension.

De façon prévisible, le Conseil d'Etat a procédé à la refaçon de l'office du juge du déféré suspension. Son intervention règle quelques interrogations que la décision *Ministre de l'intérieur* avait suscitées. La modernisation des pouvoirs du juge ne rendait pas impossible le maintien du déféré suspension en l'état (preuve en est de l'articulation entre le recours *Tropic* et l'art. L. 521-1 du CJA). Mais elle posait tout de même la question du sens à donner à la condition relative au doute sérieux quant à la légalité du contrat déféré, maintenant que la sanction de son irrégularité n'est plus aussi systématique.

Le Conseil d'Etat a rapidement résolu cette équation, en transposant la méthode d'appréciation de l'irrégularité applicable au déféré, au recours en suspension (décision *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*). Dorénavant, pour déterminer si la régularité du contrat est, ou non, douteuse, le juge devra examiner « la nature de l'illégalité commise ». Cette transposition a deux conséquences.

De façon inédite, le juge du Palais-Royal aligne l'office d'un juge d'une procédure d'urgence sur celui des juges du fond. Cet alignement facilite la lecture du contentieux contractuel et lui donne une certaine cohérence globale. Néanmoins, il est absolument désastreux du point de vue de la pertinence « micro juridique » du déféré suspension. Il conduit, en effet, un juge de l'urgence à s'interroger sur la pertinence d'un moyen qui sera débattu devant le juge du fond. Relevons le choix rédactionnel du Conseil d'Etat qui ne parle pas d'une illégalité « éventuellement » commise, alors même que c'est l'expression qu'il retient dans la décision *Ministre de l'intérieur*, pour lui préférer celle de la nature de l'illégalité « commise ». Comme si le requérant ne devait plus seulement semer le doute dans l'esprit du juge mais bien préétablir l'irrégularité du contrat. Est-ce bien là l'office d'un juge de l'urgence ? Le doute est permis. Toujours est-il qu'en faisant ce choix, le Conseil d'Etat rappelle au préfet que, s'il peut se prévaloir d'une certaine particularité de son statut, il reste avant tout un tiers au contrat.

La seconde conséquence tient au rapprochement de l'office du juge des référés-suspension *Tropic* et de celui du juge du déféré suspension. Certes, les conditions à satisfaire ne sont pas les mêmes puisque le préfet doit seulement satisfaire la seconde condition posée par l'article L.

521-1 du code de justice administrative. Mais, en exigeant du préfet qu'il apporte la preuve que la nature du vice qui affecte le contrat est au nombre de ceux qui sont susceptibles de mettre en péril ses effets, le Conseil d'Etat contextualise le déféré suspension, à l'image de ce qui se passe devant le juge du référé-suspension *Tropic*, au moment où le juge examine la condition d'urgence. En effet, le juge de la suspension devra prendre en considération l'ensemble de la situation contractuelle soumise à son appréciation et effectuer une véritable balance des intérêts en présence pour forger sa décision. D'ailleurs, en l'espèce, le Conseil d'Etat s'attarde sur le comportement de l'administration pour déterminer la solution au litige. Il relève que le défaut de transmission de la délibération habilitant le maire à conclure le contrat n'a pas empêché le préfet de contrôler la légalité de l'acte et insiste sur la bonne conduite du pouvoir adjudicateur, qui a respecté la chronologie d'édition des actes contestés.

La nouvelle interprétation de la condition tenant au doute sérieux conduit le juge du déféré suspension sur les terres, inexplorées, du subjectivisme. Il part à la rencontre du juge du référé-suspension qui y réside depuis longtemps, même s'il n'a pas emprunté le même chemin (il lui a préféré celui de l'examen de la condition d'urgence). Peu importe la condition utilisée pour parvenir à contextualiser la demande, le résultat est le même : les offices des juges de la suspension contractuelle se rapprochent.

A la question que nous nous posions en introduction, apportons une réponse juste : oui, le préfet conserve un statut de requérant particulier. Non, il n'est plus un requérant « super privilégié », tant ses privilèges tendent à lui être retirés. De ses avantages, il ne conserve, finalement, que des facilités au moment d'engager ses actions et une option contentieuse au devenir plus qu'incertain. Dans le traitement de sa demande, il n'y a plus guère de différence avec les méthodes employées par le juge des requérants privilégiés. Il faut croire que le juge du déféré a rejoint le cercle des juges signataires du pacte de stabilité du contrat administratif. Et que si « la statue du commandeur n'est pas encore à bas », elle n'est plus très loin d'être renversée (F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Quel sort l'évolution du contentieux contractuel peut-elle réserver au déféré préfectoral ?, préc.).

**Mots clés :**

**CONTROLE DES AUTORITES LOCALES** \* Déféré préfectoral \*  
Marché public \* Office du juge  
**MARCHE PUBLIC** \* Formation \* Recours \* Déféré préfectoral

