



HAL
open science

**Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 17
février 2009, numéros 08BX00018, 08BX00019,
08BX00457, 08BX00620, Communauté intercommunale
du nord de La Réunion**

Grégory Kalfleche

► **To cite this version:**

Grégory Kalfleche. Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 17 février 2009, numéros 08BX00018, 08BX00019, 08BX00457, 08BX00620, Communauté intercommunale du nord de La Réunion. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2010, 10, pp.232-237. hal-02610954

HAL Id: hal-02610954

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02610954>

Submitted on 18 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Principes de la commande publique, interprétation, contrat d'affermage, délégation de service public, obligation de l'assemblée délibérante sur le projet de contrat, nécessité d'un contrat définitif (oui, mais nuances si le projet ne change pas), avis d'appel à concurrence et erreur matérielle, question/réponses aux candidats, délégations de pouvoir, délégations de compétences, délégations de signatures, actes réglementaires (oui), individuels (non).

Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 17 février 2009, *Communauté intercommunale du nord de La Réunion (CINOR)*, n°08BX00018, 08BX00019, 08BX00457, 08BX00620

Grégory KALFLECHE, Agrégé de droit public, Professeur à l'Université de La Réunion

Les principes de la commande publique, reconnus constitutionnellement², prennent de plus en plus de consistance au fil du temps. On les retrouvait avant leur consécration constitutionnelle dans le Code des marchés publics, dans lequel ils sont aujourd'hui encore à l'article 1^{er} II. Mais c'est bien depuis 2004 que leur usage par les juridictions administratives s'est fortement développé. Il faut dire que leur normativité actuelle permet de leur attribuer deux usages : non seulement ils ouvrent la possibilité de connaître le droit applicable en l'absence de

critères au sens des mêmes dispositions » ; CJCE, 24 novembre 2005, *Ati Eac Srl & Viaggi di Maio SNC et autres c. Actv Venezia Spa*.

Voir aussi la fiche explicative CC/2005/04 FR dans laquelle la Commission européenne souligne que les critères d'attribution (ainsi que leur ordre d'importance) ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure pour d'évidentes raisons d'égalité de traitement.

¹ CAA Bordeaux, 12 octobre 2007, 07BX01819, *Région Réunion c/ Préfet de La Réunion*.

² Depuis la décision du Conseil constitutionnel n°2004-505 DC

texte, comme cela a été précisé dans le fameux arrêt *Telaustria*¹ de la Cour de justice et ses nombreuses suites en droit interne ; mais ils permettent aussi d'interpréter les dispositions des législations touchant à la commande publique, notamment le Code des marchés publics et les textes régissant les délégations de service public. C'est cet usage qu'ils ont eu dans l'affaire de la passation des contrats d'affermage du réseau d'assainissement conclu entre la CINOR² et la Société Véolia dont il s'agit en l'espèce.

Les contrats contestés ont été signés entre ces deux parties et concernent deux lots : l'assainissement dans le périmètre de la commune de Saint-Denis d'une part, et dans celui des communes de Sainte-Suzanne et Sainte-Marie d'autre part. Ces deux contrats d'affermage, passés selon la procédure prévue aux articles L 1411-1 et suivants du CGCT relatifs aux conventions de délégations de service public, avaient été contestés par le Préfet qui les avait déférées au Tribunal administratif de Saint-Denis. Celui-ci les avait annulés par un jugement rendu le 13 décembre 2007. Quatre requêtes ont alors été posées devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, deux au fond, posées par la CINOR et la société Véolia Eau – compagnie générale des eaux, contestant le jugement et demandant le rejet du déféré ; deux autres en sursis à exécution du jugement du Tribunal administratif, par les mêmes parties. L'appel n'étant pas suspensif en droit administratif³, ces recours en sursis à exécution étaient logiques⁴, mais ils n'ont été traités par la Cour qu'en même temps que le jugement au fond qui estime donc « sans objet » ces demandes de sursis à la fin du pénultième considérant. Le dépôt de la requête ayant eu lieu 14 mois avant l'arrêt définitif, une décision antérieure aurait été la bienvenue, le contrat ayant perduré entre-temps. Il est paradoxal que le fait que le contrat soit légal *in fine* (et que donc le jugement du TA ait été annulé) ait conduit à ne pas répondre à la requête en suspension, alors même que le caractère sérieux des moyens invoqués par l'appelant est justement d'une condition pour que le sursis à exécution soit accordé au titre de l'article R 811-15 CJA...⁵. Il y a là une sorte de contradiction qui est en pratique une atteinte aux droits des requérants.

La Cour analyse les nombreux points de l'arrêt du Tribunal administratif de Saint-Denis et apporte à plusieurs reprises des solutions innovantes par leur souplesse. La première est relative à l'interprétation de l'article L 1411-7 CGCT qui impose un vote de l'assemblée délibérante sur le contenu du contrat qui sera signé par la maire. La Cour a eu en l'espèce une appréciation souple – qui n'était pas acquise – en estimant le vote sur le seul projet de contrat valide si ce dernier constitue ensuite le contrat définitif (I). Le deuxième apport porte encore sur la procédure puisqu'il concerne la rectification des erreurs matérielles de l'Avis d'appel public à concurrence et l'usage légal des questions/réponses de l'administration aux candidats (II). Le troisième apport est relativement innovant en ce qu'il est vraisemblablement le début d'une jurisprudence qualifiant d'actes réglementaires les délégations de pouvoir, et ce, vraisemblablement pour des raisons de clarté du droit (III).

¹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GbmH*, aff.C-324/98, Rec. p. I- 10745. L'arrêt *Telaustria* a été pris sur le fondement des principes communautaires équivalents à ceux reconnus par la constitution pour la commande publique. Il exige un minimum de publicité et de mise en concurrence, y compris dans le cadre des conventions de délégation de service public françaises.

² La CINOR est la « communauté intercommunale du Nord de La Réunion », une communauté d'agglomération réunissant les communes de Saint-Denis, Sainte-Marie et Sainte-Suzanne, soit 190 000 hab. environ.

³ Article R 811-14 CJA « *Sauf dispositions particulières, le recours en appel n'a pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par le juge d'appel dans les conditions prévues par le présent titre.* »

⁴ Article R 811-15 CJA, le fait qu'elles soient présentées par requêtes distinctes correspond à une exigence de l'article R 811-17-1 CJA

⁵ Article R 811-15 CJA : « *la juridiction d'appel peut, à la demande de l'appelant, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement si les moyens invoqués par l'appelant paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement* »

D) Une convention de délégation de service public peut être signée après une délibération de l'assemblée sur de simples « documents contractuels informels » si ceux-ci sont en réalité le contrat définitif.

La Cour va d'abord constater l'absence de bien fondé sur jugement du Tribunal administratif, en interprétant extensivement l'obligation faite à l'assemblée délibérante d'autoriser la signature en se prononçant « sur le contrat de délégation ». Le Tribunal administratif avait en effet estimé que l'autorisation de signature du contrat avait été accordée au vu de « documents contractuels informels » et non au vu de « projets de contrats finalisés », ce qui avait justifié l'annulation des contrats.

La Cour interprète cette obligation de l'article L 1411-7 du CGCT¹ largement : elle va estimer que l'autorisation de signer le contrat est en l'espèce valable, dans la mesure où, en fin de compte, le contrat signé est en tout point identique au contrat présenté à l'assemblée et au contrôle de légalité. Cette solution n'était cependant pas évidente et la position du TA était compréhensible. D'abord parce que l'obligation de faire signer l'assemblée délibérante sur le projet de contrat est une procédure de contrôle démocratique et que son interprétation stricte peut parfaitement se justifier. Ensuite parce que, concrètement, les membres de l'assemblée délibérante peuvent très bien ne pas avoir regardé de la même manière les documents, sachant qu'ils n'étaient qu'un projet et non une solution définitive. Le contrôle démocratique pouvait donc être considéré comme plus limité dans cette hypothèse.

Reste, et c'est sûrement la raison du sens donné à l'arrêt de la Cour, que cette interprétation souple est à l'esprit des juges actuellement. L'arrêt du Conseil d'État SMIRGEOMES² va dans ce sens : le référé précontractuel - et a priori le référé contractuel - doivent prendre en compte non seulement le manquement aux procédures de passation, mais aussi le fait que le requérant a subi un préjudice par ce manquement. En l'espèce, c'est justement le fait que les documents proposés au vote étaient identiques au contrat effectivement conclu qui justifie que le non-respect de la procédure ne soit pas une réelle atteinte au contrôle de l'assemblée délibérante. Une souplesse qui n'en est pas une tant ces hypothèses ne sont pas si nombreuses. Le risque serait cependant d'étendre cette possibilité de considérer le premier vote comme valable eu égard à une « modification minimale ». La boîte de pandore serait alors ouverte à un contrôle de plus en plus limité de l'assemblée délibérante. Les interprétations au cas par cas ne seraient alors pas bonnes pour le contrôle démocratique des décisions de l'exécutif, pas plus qu'elles ne le seraient pour la sécurité juridique.

II) L'appréciation souple des éléments de l'avis d'appel à concurrence : de l'intérêt d'un service répondant aux questions des concurrents

Saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, la Cour avait alors à traiter l'affaire au fond puisqu'elle venait d'annuler le jugement du tribunal administratif pour irrégularité. Quatre moyens principaux étaient invoqués, le juge les rejetant tous un par un pour

¹ Article L 1411-7 CGCT « l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation ».

² CE Sect., 3 oct. 2008, n°305420, SMIRGEOMES : Jurisdata n°2008-074234 ; AJDA 2008.2161, chr. E Geffray, S.-J. Liéber : Contrats et Marchés publics 2008, comm. 264, note J.-P. Pietri ; DA 2008, comm. 154, note B. Bonnet et A. Lalanne ; JCP A 2008.2291 ; JCP G 2008.I.191 ; RFDA 2008.1128, concl. B Da Costa et note p. Delvolvé, Europe février 2009, n°2 p. 11, chr. G. Kalfèche

finir pour rejeter le déféré du préfet et faire ainsi perdurer le contrat. Les deux premiers méritent d'être rapportés.

Le premier moyen porte sur une erreur matérielle dans l'avis d'appel public à concurrence. La CINOR avait en effet confondu la date de signature et la date de publication au journal officiel d'un arrêté visé par cet avis. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a là aussi interprété de manière souple les obligations de l'avis, dans la lignée de ce que le juge des référés fait depuis l'arrêt SMIRGEOMES. Le temps où une case non cochée d'un avis entraînait l'annulation d'un marché de plusieurs milliers ou millions d'euros est manifestement terminé, et l'on peut s'en réjouir. La Cour va néanmoins justifier cette interprétation souple par la possibilité pour les éventuels candidats de demander des renseignements complémentaires puisque, dans la même phrase, elle rappelle que les avis « donnaient toutes les informations concernant le service susceptible de répondre aux demandes de renseignements éventuels des candidats ». L'esprit actuel du juge face aux exigences procédurales des contrats de la commande publique est donc celui-ci : tant qu'une erreur peut être facilement rectifiée par l'administration, au point que le candidat ou le candidat potentiel ne soit pas empêché de faire une offre, elle ne doit pas conduire à l'annulation de la convention. Bien entendu, cette appréciation ne peut se faire qu'au cas par cas, et même *intuitu personae* : c'est la réelle possibilité d'une entreprise de candidater qui est appréciée dans chacune des hypothèses. Il ne faut donc pas comprendre cette évolution comme une liberté absolue pour la collectivité en matière procédurale, le droit des marchés reste marqué par un formalisme important, garant des principes de la commande publique. Cependant, cette évolution fait moins dépendre les contrats d'une erreur minime.

La sécurité juridique y gagne toutefois clairement, et à travers elle à la fois les entreprises qui ont engagé parfois des milliers d'euros dans les études et la réponse, mais aussi les collectivités et le service public en ce qu'une erreur procédurale mineure ne va pas conduire à une annulation sans rapport avec « l'objet et le montant du marché », pour reprendre une expression classique du droit de la commande publique. Les principes de la commande publique et l'efficacité de celle-ci y gagnent tous les deux¹.

III) Le formalisme des délégations de pouvoir : un acte réglementaire aux trois conditions d'entrée en vigueur

Pour annuler le contrat, le préfet soulevait le fait que les délégations de fonctions du président de la communauté d'agglomération à ses vice-présidents avaient été prises sans respecter l'ensemble de la procédure. La Cour rappelle alors la nature de ces délégations de fonctions et la triple condition de publicité qui en découle.

Pour ce qui concerne la nature des délégations de fonctions, il faut tout d'abord préciser la situation de cette forme de délégation par rapport aux délégations de signatures et aux délégations de pouvoir. La délégation de *fonction* est issue de l'article L. 2122-18 du Code général des collectivités territoriales qui dispose : « Le maire est seul chargé de l'administration, mais il peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints et, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints ou dès lors que ceux-ci sont tous titulaires d'une délégation, à des membres du Conseil municipal ». En l'espèce, c'est la disposition équivalente pour les intercommunalités, que l'on trouve à l'article L. 5211-9 CGCT qui est en cause, la référence aux adjoints étant remplacée par celle aux

¹ Notons que dans le Code des marchés publics de 2001, l'efficacité de la commande publique était présentée comme un principe de la commande publique à part entière. Cette position contestable a été rectifiée par la suite.

vice-présidents. La délégation de *pouvoir* pour sa part est la transmission du pouvoir à un agent de la collectivité qui l'assume sous sa responsabilité en lieu et place de celle du maire qui en est dessaisi. La délégation de *signature*, enfin, est un simple transfert du pouvoir de signer un acte, mais sans dessaisir le maire de ce pouvoir et de la responsabilité ; ce n'est qu'une facilité administrative¹. Or, ces trois délégations doivent être qualifiées au regard de la distinction entre actes réglementaires et individuels pour en tirer leur mode de publicité. Notons par ailleurs que ces questions ne sont pas neutres sur le plan du contentieux administratif puisqu'une délégation mal faite crée une incompétence de l'auteur de l'acte, incompétence qui est un moyen d'ordre public, soulevé d'office et à tout moment par le juge lui-même.

La Cour estime que ces délégations de fonctions sont par nature des actes administratifs réglementaires, ce qui n'est pas une solution évidente si l'on part du principe que, par nature, ils citent nommément le bénéficiaire de la délégation de fonction dans le dispositif de l'arrêté municipal ou intercommunal. En donnant cette qualification, la Cour suit en l'espèce des arrêts récents du Conseil d'État du 21 mai 2008 *Mme Cécile*, n°284801² et du 26 septembre 2008, *Commune de Souillac*, n°294021 (mentionné aux tables du Lebon)³. Pas plus la Cour de Bordeaux que le Conseil d'État n'expliquent en quoi ces décisions doivent avoir un caractère réglementaire.

Il est possible de trouver plusieurs justifications pour ou contre cette solution. Dans un arrêt en date du 4 mars 2004, *Commune de Brebières* n°02DA00332, la cour administrative d'appel de Douai avait considéré que « les arrêtés des maires *accordant ou abrogeant des délégations à des élus ou à des agents locaux constituent des actes de portée générale* qui, eu égard à leur caractère réglementaire, doivent faire l'objet de mesures de publicité par affichage ou publication au recueil des actes administratifs et qui doivent être transmis au représentant de l'État en application des dispositions précitées du code général des collectivités territoriales ». Ce qui caractérise donc l'acte réglementaire selon cet arrêt, c'est son caractère d'acte de portée générale. On se trouve en l'espèce face à la contradiction entre deux définitions : celle de l'acte individuel qui se caractérise par la citation au sein de l'acte d'un bénéficiaire nommément déterminé, d'une part ; celle de l'acte réglementaire qui se caractériserait par sa portée générale, d'autre part. Le problème vient du fait qu'il est possible de rencontrer un acte citant nommément quelqu'un, mais qui ait une portée générale. Les deux définitions ne permettent pas de rendre compte de ce qui est normalement une *summa divisio*.

On peut cependant trouver d'autres justifications au caractère réglementaire de l'acte. La première est que la délégation de fonction se fait à un nombre très réduit de personnes et qu'en réalité, c'est moins la personne recevant la fonction qui compte que le fait que celle-ci soit déléguée. Le fait que la nouvelle autorité soit tel ou tel adjoint ou membre du conseil importe moins que le fait que cela soit un adjoint ou un membre du conseil, c'est-à-dire un élu. Si l'on nomme effectivement la personne, c'est plus l'autorité que l'on nomme, le fait que ce soit un élu. Certes, cette justification n'est pas exempte de défauts. D'abord, le nombre de personnes qui sont visées n'a jamais été un critère de distinction entre actes réglementaires et individuels. Ainsi, un

¹ Régie par l'article L 2122-19 CGCT pour les communes

² Dans son 2e considérant, cet arrêt exprime très clairement cette position : « [...] *qu'une telle délégation de fonctions est une décision de nature réglementaire* »

³ On notera qu'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille en date du 13 décembre 2004 *Commune de Grasse*, n°02MA01061 estime que l'arrêté qui fixe la rémunération de tous les adjoints bénéficiant de délégation de fonctions a un caractère réglementaire, mais qui, de façon implicite, semble estimer que les actes de nominations desdits adjoints ont un caractère individuel. On trouvera cependant un arrêt de la même Cour en date du 5 juillet 2004, *Jean-Claude X*, n°02MA00729 qui estime expressément qu'il s'agit d'un acte réglementaire. Un arrêt de la CAA Paris l'avait déjà jugé auparavant pour une délégation « de fonction et de signature » : CAA Paris, 28 juillet 1998, *Association du débuche de la garenne*, n°96PA02520

acte réglementaire visant les présidents d'université ne touchera que 82 personnes, et s'il ne vise que ceux ayant moins de 45 ans, encore bien moins. À l'inverse, un acte individuel peut être « collectif », par exemple les résultats des examens d'une grande université pourront viser, en première année de droit, jusqu'à 2000 étudiants. Ensuite, il faut reconnaître que si l'on vise la personne es qualité, on n'en vise pas moins la personne ce qui devrait conduire à une qualification d'acte individuel.

La deuxième justification du caractère réglementaire de l'acte est celle qui vise à mettre la cohérence dans ces actes de délégation. Or, les délégations de pouvoirs ont déjà été qualifiées d'actes réglementaires, de même que les délégations de signatures¹. Il serait donc incongru que les délégations de pouvoir ne fussent pas qualifiées de la même manière. Cela se justifierait encore moins que les délégations de pouvoirs sont considérées comme emportant aussi délégations de signature. L'absence de cohérence conduirait à avoir des délégations de signatures de nature réglementaire et des délégations de signatures issues de délégations de pouvoir qui auraient une nature individuelle. En pratique, la solution serait extrêmement insécurisante.

La justification la plus acceptable nous paraît être la troisième, qui porte sur la nature d'« acte d'organisation du service public » des délégations de pouvoirs. Cette qualification emporte traditionnellement une nature d'acte règlementaire. Or, c'est cette nature qui justifie dans plusieurs jurisprudences la qualification d'acte réglementaire des délégations de signature². Il semble que la citation expresse d'un nom dans l'acte soit bien le critère de qualification des actes individuels, mais que celui-ci s'écarte en cas de qualification de l'acte comme « organisant le service public ».

Le contentieux de ces délégations va vraisemblablement se multiplier dans les mois à venir à la suite de la modification des articles du Code général des collectivités territoriales à propos des délégations de fonctions par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009. Depuis lors, le maire peut en effet donner délégation de signature « aux responsables des services communaux » en application d'un nouveau 3° à l'article L. 2122-19 CGCT ; et le président d'un EPCI peut lui aussi donner ces délégations de signature « au directeur général des services, au directeur général adjoint des services, au directeur général des services techniques, au directeur des services techniques et aux responsables de service »³

Le droit applicable à ces délégations apparaît comme bien complexe et méconnu au regard de l'importance que cela prend pour l'ensemble des collectivités françaises. Il conviendrait vraisemblablement de le clarifier, ne serait-ce qu'en reconnaissant expressément les différents types de délégations et en précisant aussi les cas de contradictions de délégations qui arrivent fréquemment et qu'il est bien difficile de démêler.

¹ CE, 29 juin 1990, *de Marin*

² CE, 27 juillet 2001, *Association de droit allemand "Stiftung Jean Arp und Sophie Taeuber"*, « Considérant qu'en vertu de l'article 2 du décret du gouvernement de la défense nationale en date du 5 novembre 1870, les textes législatifs et réglementaires sont obligatoires à Paris, un jour franc à compter de leur "promulgation", laquelle doit s'entendre au vu de l'économie générale du décret, comme celle de la publication de ces actes au Journal officiel ; que ces règles sont applicables à l'arrêté par lequel un ministre délègue sa signature à un fonctionnaire de l'administration centrale placé sous son autorité dans la mesure où un tel arrêté, qui touche à l'organisation du service public, a le caractère d'un acte réglementaire ; »

³ On remarquera que la réforme de 2009 vient remettre un parallélisme entre le droit des communes et celui des EPCI puisque depuis une loi du 12 avril 2000, les directeurs