

Jugement du 1er juin 2017 - 3è ch

N° 1502105

Sté EQ INVEST c/ Agence des espaces verts région IdF

*Bail de droit privé - acte détachable - compétence du juge administratif - clauses exorbitantes de droit commun - exception de recours parallèle - régularisation d'un acte illégal par application des JP Cne de Divonnes les Bains et Cne de Levallois-Perret*

Le juge administratif est-il compétent à l'égard de la décision de l'administration refusant de conclure un bail de droit privé ? La personne publique a-t-elle pu régulariser a posteriori une délibération illégale ?

### CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR PUBLIC

Cette affaire que vous avez à juger soulève d'intéressantes questions tenant à votre compétence, à l'exception de recours parallèle et au champ d'application du recours Tarn-et-Garonne, et enfin à la possibilité pour une collectivité publique de régulariser une décision précédemment édictée en en adoptant une nouvelle destinée à la confirmer.

En vue de conclure un bail rural portant sur l'exploitation d'un centre équestre, celui dit "des Monfrains" à Franconville, l'agence des espaces verts de la région Ile-de-France a mené une consultation lui permettant de recevoir des offres concurrentes. La société Poclas et la société EQ Invest ont fait acte de candidature, et à l'issue de cette procédure, le conseil d'administration de l'agence a approuvé par une délibération du 3 mars 2015 la conclusion du bail avec la société Poclas et autorisé le président de l'agence à signer ce bail. Cette signature intervient le 11 mars 2015. Puis par une seconde délibération du 8 mars 2016, ce même conseil d'administration a renouvelé sa décision d'approuver le bail litigieux. La sté EQ Invest vous demande d'annuler ces deux délibérations.

La première question qui se pose à vous a trait à votre compétence.

Par un arrêt du 22 novembre 2010 SARL Brasserie du théâtre c/ Cne de Reims 3764 au rec qui avait défrayé la chronique, le TC a estimé que la contestation par une personne privée de la délibération d'une collectivité publique par laquelle cette administration initie avec elle, conduit ou termine une relation contractuelle, dont l'objet est la valorisation ou la protection de son domaine privé et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, relevait de la compétence du juge judiciaire. Ainsi donc la contestation par le cocontractant de l'administration, de la délibération qui autorise la conclusion d'un bail avec lui sur son domaine privé, ou qui modifie ce bail (par ex montant du loyer, durée, obligations du preneur...) ou encore procède à sa résiliation, à la condition qu'elle n'affecte ni le périmètre ni la consistance de ce domaine (le bien n'est pas cédé), ne relève pas de votre compétence mais de celle du juge judiciaire. Cet

arrêt réaffirmait le principe selon lequel les relations que conduit l'administration avec un tiers dans la gestion de son domaine privé, relèvent du droit privé et de la compétence du juge judiciaire, et ceci quand bien même son cocontractant contesterait un acte détachable pris pour la gestion de ce domaine.

Mais cette compétence judiciaire devait-elle s'étendre aux décisions par lesquelles une administration refuse d'entrer en relation avec une personne privée ? La réponse a été apportée par le même TC deux ans plus tard dans une affaire TC 5 mars 2012 Dewailly c/ Centre communal d'action sociale de Caumont au Rec. Toute en réaffirmant le ppe dégagé deux ans plus tôt, le TC estime que le tiers, personne privée, qui conteste l'acte (délibération, décision) par lequel une personne morale de droit public refuse d'engager avec lui une relation contractuelle portant sur la gestion de son domaine privé, relève de la compétence du juge administratif. Cet acte détachable n'est donc pas en quelque sorte privatisé par une relation contractuelle de droit privé qui ne va pas naître, il se situe en amont de la naissance d'une telle relation : il relève donc de votre compétence. Et dans cette affaire, le TC juge que le litige opposant un particulier avec un centre communal d'action sociale et portant sur le refus de cet établissement de conclure avec lui un bail rural relevant de son domaine privé, ressort de la compétence de la juridiction de l'ordre administratif.

On peut donc en conclure que l'acte unilatéral (acte détachable) par lequel une personne publique refuse de contracter est un acte administratif, que ce refus de contracter porte sur la conclusion d'un contrat administratif ou de droit privé, dès lors que cette décision se situe en amont du contrat.

Par suite, et dès lors que la contestation portée devant vous par la sté requérante porte sur le refus de l'agence de contracter avec elle, ce litige relève bien de votre compétence.

La 2ème question qui se pose à vous a trait à la recevabilité de la requête, la question ayant été soulevée en défense par l'Agence dans ses deuxièmes écritures. Elle porte sur l'exception de recours parallèle. En effet depuis la décision d'assemblée CE 4 avril 2014 Départ du Tarn et Garonne 358994 au Rec, un tiers à un contrat administratif ne dispose plus de la faculté d'exercer un REP contre l'acte détachable l'ayant approuvé, mais bénéficie désormais d'un recours direct de pleine juridiction contre le contrat. Cette importante décision, mettant un terme à la JP Martin et à l'annulation platonique de l'acte détachable, a pour conséquence que la légalité de la délibération autorisant la conclusion d'un contrat ne peut plus être contestée par les tiers, sauf à introduire un recours de pleine juridiction dit Tarn et Garonne en contestation de la validité du contrat. Et on comprend dès lors la position de l'Agence : dès lors que la société EQ INVEST dispose désormais de ce recours de plein contentieux, elle ne peut plus introduire un REP contre l'acte détachable, cette voie étant désormais réservée au seul préfet, et encore, jusqu'à la signature du contrat. Sauf que, ce recours de plein contentieux ne vise que les contrats administratifs et c'est logique, dès lors que les contrats de droit privé échappent à votre compétence. Et donc, en présence

d'un contrat de droit privé, le tiers à ce contrat pourra continuer à contester devant vous l'acte administratif détachable, et seulement cet acte, c'est la décision approuvant le contrat et en autorisant la signature : c'est la dernière hypothèse où la JP Martin perdure.

Et donc la réponse que vous apporterez à cette FNR dépendra de la qualification du bail litigieux : si vous le qualifiez de contrat administratif, l'exception de recours parallèle s'applique, et la requête est effectivement irrecevable. Si au contraire vous regardez ce contrat comme étant de droit privé, alors le recours en annulation dirigé contre les deux décisions querellées est recevable.

Comment qualifier ce bail ?

Avant de regarder les critères jurisprudentiels, terrain sur lequel cherche à vous entraîner l'agence, un tel bail n'a-t-il pas fait l'objet d'une qualification par le législateur, laquelle est d'ordre public et s'impose bien entendu à vous ?

Les baux ruraux, tel que celui en litige, sont régis par le code rural et de la pêche maritime en ses articles L411-1 et suivants et R411-1 et suivants. Aux termes de l'art L411-27 de ce code : *"Les obligations du preneur relatives à l'utilisation du fonds pris à bail sont régies par les dispositions des articles 1766 et 1767 du code civil"*. Cette référence au code civil tendrait à donner une qualification en faveur du droit privé.

Surtout, aux termes de l'article L411-29 : *"Le bailleur peut, s'il estime que les opérations de retournement de parcelles en herbe ou inversement entraînent une dégradation du fonds, saisir le tribunal paritaire"*. De même à l'art L411-34, en cas de décès du preneur, le bail rural continue au profit de son conjoint, de ses ascendants ou descendants, le droit au bail pouvant, toutefois, être attribué par le tribunal paritaire au conjoint : on retrouve cette même juridiction. Or aux termes de l'art L491-1 de ce même code rural, *"Il est créé au siège de chaque tribunal d'instance un tribunal paritaire des baux ruraux qui est seul compétent pour connaître des contestations entre bailleurs et preneurs de baux ruraux"* tandis que l'art L492-1 dispose que *"Le tribunal paritaire est présidé par le juge d'instance"*, les cours d'appel judiciaires étant par ailleurs compétentes pour connaître des appels interjetés contre les décisions des tribunaux paritaires aux termes de l'art L493-1.

Ainsi à la lecture de ces dispositions, le contentieux des baux ruraux relève de la compétence du juge judiciaire par détermination de la loi. Cette attribution étant d'ordre public, vous n'avez donc pas à rentrer dans le débat sur l'existence ou non d'une clause exorbitante de droit commun : ces baux sont donc des contrats de droit privé en application du principe de liaison de la compétence juridictionnelle et du fond, ce qui met un terme à notre questionnement. Ainsi, la société requérante conteste bien le refus de l'agence de conclure avec elle un contrat de droit privé, elle ne bénéficie donc pas du recours dit Tarn et Garonne et par suite vous pourrez écarter la FNR.

Examinons donc la légalité des délibérations querellées et commençons par celle du 3 mars 2015.

La sté requérante soutient en 1er lieu que cette délibération aurait été adoptée à l'issue d'une procédure irrégulière dès lors que la condition de quorum du conseil d'administration prescrite à l'art R4413-- du CGCT n'aurait pas été respectée. Vous relèverez cependant à la lecture des mentions de la délibération elle même et du procès-verbal de séance que 14 membres de cette instance ont pris part au vote : les mentions d'un tel registre faisant foi jusqu'à preuve du contraire (CE 8 juin 2016 Mme B...388754 aux T) le moyen manque donc en fait.

Le 2ème moyen est bcp plus problématique : il est tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article R. 4413-6 de ce même code aux termes duquel "*Huit jours au moins avant la réunion du conseil d'administration, le président adresse aux administrateurs un rapport sur chacune des affaires qui doivent leur être soumises.*"

Or en l'espèce, si l'agence justifie avoir adressé le rapport du 27 janvier 2015 relatif à la délibération litigieuse aux membres du bureau, elle n'établit pas avoir adressé ce document aux autres membres du conseil d'administration 8 jours avant la tenue de la séance de cet organe comme l'exigeaient pourtant les dispositions précitées.

Le vice de procédure semble donc constitué. Pour autant n'est-il pas régularisable par l'application de la JP Danthony (CE ass 23 décembre 2011 DANTHONY 335033 au recueil) ?

Précisons que cet examen relève de votre office : vous devez donc y procéder quand bien même la neutralisation du manquement n'aurait pas été invoquée en défense.

Ainsi, le CE juge (27 avril 2012 Syndicat national de l'enseignement technique agricole SNETAP-FSU 348637 aux T) « *qu'un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier que ce vice a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou s'il a privé les intéressés d'une garantie* ».

En présence d'un vice de procédure préalable à l'adoption d'une décision, vous devez donc vérifier successivement et in concreto :

- 1) si la procédure administrative préalable était ou non constitutive d'une garantie,
- 2) dans l'affirmative vous examinez alors si les personnes au bénéfice desquelles cette garantie a été créée, en ont effectivement été privées,
- 3) dans la négative à l'une ou l'autre de ces questions, vous regardez si ce manquement a été susceptible d'exercer, en l'espèce là encore, une influence sur le sens de la décision prise.

En répondant négativement à ces questions, vous pouvez donc écarter un vice de procédure qui sera sans conséquence sur la légalité de la décision. Et vous procédez bien à un examen in concreto.

Qu'en est-il ici ?

S'agissant des séances du conseil municipal, l'art L2121-12 du CGCT prévoit une obligation identique à celle qui nous préoccupe : les élus doivent recevoir dans un délai prescrit (5 jours) une note explicative de synthèse sur les sujets à l'ordre du jour. Et le CE a pu juger que le défaut d'envoi de cette note entachait d'irrégularité les délibérations prises, à moins que le maire n'ait fait parvenir aux membres du conseil municipal, en même temps que la convocation, les documents leur permettant de disposer d'une information adéquate pour exercer utilement leur mandat, afin de permettre aux élus d'appréhender le contexte ainsi que de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leurs décisions (CE 14 novembre 2012 Cne de Mandelieu-la-Napoule 342327 aux T).

Et à la lecture de CE 17 juillet 2013 SFR et autres 350380 aux T, le non respect de cette obligation prive les élus d'une garantie comme le proposait A Lallet dans ses ccls, sauf à démontrer que les élus auraient été par ailleurs suffisamment éclairés. Par exemple, un tel vice de procédure sera neutralisé s'il ressort du CR de réunion que cet oubli n'a pas empêché les membres de s'exprimer sur la question posée (CE 17 avril 2015 Syndicat Sud Education 385053), ou s'il apparaît que d'autres informations avaient été transmises avec la convocation à défaut d'envoi du document prévu par un texte (CAA Bordeaux 2 mars 2015 13BX02338) ou si le sujet avait déjà été abordé à l'occasion de réunions précédentes (CE SFR op cité et CAA Bordeaux 2 mars 2015 13BX02338).

Mais ici il n'est nullement démontré que les élus auraient été suffisamment éclairés par l'envoi d'autres documents susceptibles de palier cet oubli, ou qu'ils auraient eu au cours des quelques semaines ou mois précédents déjà eu à connaître de cette affaire. Par suite le manquement ne peut être régularisé par l'application de la JP Danthony, le moyen est bien constitué. Nous y reviendrons cependant.

Abordons plus brièvement les autres moyens soulevés :

Une EMA est invoquée, la sté requérante estimant que sa candidature était la meilleure (précisons que les deux candidates ont reçu une note identique sur le critère tiré de l'expérience professionnelle). Cependant, si la société EQ INVEST soutient qu'elle aurait dû obtenir une note supérieure dès lors que son dirigeant exploite trois centres équestres et a une expérience professionnelle de 17 ans, il apparaît que le dirigeant de la société attributaire, laquelle gère six centres équestres, possède une expérience professionnelle comparable. Au titre de la « fiabilité et pérennité du projet sur le plan juridique et financier », la société requérante a obtenu une note de 20/30 pour la réalisation d'un investissement d'un montant de 300 000 euros financé par un emprunt à hauteur de 250 000 euros, tandis que la société attributaire, qui a obtenu la note maximale de 30/30 envisageait un investissement 3 fois supérieur d'un montant de 1 million d'euros et en fonds propres. Nous n'avons donc pas perçu d'EMA.

Un manque d'impartialité du jury est enfin allégué mais n'est pas démontré par la seule production d'un extrait d'article de presse relatif à la remise de prix d'un concours équestre.

Examinons ensuite la légalité de la délibération du 8 mars 2016.

Par cet acte, le conseil d'administration de l'agence des espaces verts de la région Ile-de-France a de nouveau autorisé la conclusion du bail litigieux, il a donc renouvelé la délibération précédente, sauf que cette fois-ci le rapport relatif à cette nouvelle délibération a bien été adressé aux administrateurs (vous disposez d'un courriel) avant la séance en conformité avec les prescriptions de l'art L4413-6 du CGCT.

En outre, il ressort du procès-verbal de la séance du 8 mars 2016 que le conseil d'administration s'est prononcé au vu des dossiers de candidature respectifs des deux sociétés candidates, contrairement à ce que soutient la sté EQ INVEST.

Ainsi donc, la conclusion du bail rural entre l'Agence des espaces verts et la sté Poclàs a donné lieu à deux délibérations : une 1ère en date du 3 mars 2015, entachée d'un vice de procédure non régularisable. Une 2nde, en date du 8 mars 2016 qui a le même objet, le même contenu, mais corrige ce manquement.

Nous en arrivons à la 3ème question : cette seconde délibération est-elle de nature à légaliser en quelque sorte la 1ère, a posteriori, en remédiant aux vices qui l'affectaient ou n'a-t-elle aucune sans incidence ? Et serait-elle elle-même illégale pour être rétroactive ou entachée d'un détournement de pouvoir comme vous invite à le juger la sté requérante ?

Cette question ne vous est pas étrangère : en effet la faculté qui serait accordée à l'administration de régulariser a posteriori un acte illégal connaît des précédents. Nous relèverons 3 illustrations qui témoignent d'une évolution dans ce sens :

- la première c'est la JP Cne de Divonne-les-bains. De quoi s'agit-il ?

Dans cette affaire, par une 1ère délibération, un conseil municipal avait autorisé la vente d'un bien communal, laquelle vente était ensuite intervenue devant notaire. Le tribunal administratif de Lyon va alors à la demande d'un conseiller municipal, annuler cette délibération au motif que l'avis du service des domaines auquel elle se référait ne portait pas sur l'ensemble des parcelles cédées. La commune adopte alors une 2nde délibération, 3 ans après la 1ère, par laquelle il approuve rétroactivement la promesse de vente litigieuse et confirme les termes de la délibération initiale. Cette 2nde délibération étant à son tour attaquée, le CE juge alors que compte tenu du motif sur lequel reposait l'annulation de la 1ère délibération, le conseil municipal avait pu valablement, par la 2nde délibération, régulariser le vice de légalité externe qui l'entachait et approuver rétroactivement la promesse de vente dont elle autorisait la conclusion, dès lors que le nouvel avis du service des domaines recueilli entre temps portait cette fois sur l'ensemble des parcelles cédées, de sorte que le consentement que la collectivité avait donné par la 1ère délibération avait été régulièrement réitéré.

Dans cet arrêt CE 8 juin 2011 Cne de Divonne-les-bains 327515 au Rec, le CE dégage un principe : à la suite de l'annulation, par le juge de l'excès de pouvoir, de l'acte détachable de la passation d'un contrat, question qui nous concerne donc, il appartient à la personne publique de déterminer, sous le contrôle du juge, les conséquences à tirer de cette annulation, compte tenu de la nature de l'illégalité affectant cet acte ; que, s'il s'agit notamment d'un vice de forme ou de procédure propre à l'acte détachable et affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement, c'est exactement notre affaire, la personne publique peut procéder à sa régularisation, et elle peut ainsi, eu égard au motif d'annulation, adopter un nouvel acte d'approbation avec effet rétroactif, dépourvu du vice ayant entaché l'acte annulé. Ici cette seconde délibération a eu pour effet de régulariser la vente, et donc de neutraliser l'illégalité de l'acte détachable initial. Pour autant, la 1ère délibération ayant été annulée par le juge, la 2nde délibération ne la régularise pas : elle s'y substitue et "sauve" le contrat dont elle renouvelle l'approbation.

Cette affaire n'est pas isolée et ce raisonnement a connu une autre illustration : voyez CE 10 avril 2015 Cne de Levallois-Perret 370223 aux T dans une affaire strictement similaire à la précédente. Là encore le raisonnement du juge s'inscrit dans le mécanisme de l'annulation de l'acte détachable d'un contrat. la 1ère délibération est annulée, la collectivité en adopte une 2nde cinq ans plus tard et le CE admet que la collectivité ait réitérée son consentement au vu de l'avis des domaines qui avait été rendu 5 ans plus tôt (il censure d'ailleurs la Cour sur ce point). Par cette 2nde délibération la collectivité ne prend pas une nouvelle décision : elle réitère le consentement qu'elle avait manifesté cinq ans plus tôt : l'assemblée exprime rétroactivement son accord : on est bien dans une logique de régularisation d'une vente antérieure, mais pas de la précédente délibération qui avait été là encore annulée. Pour reprendre le fichage il s'agit bien d'un nouvel acte d'approbation avec effet rétroactif, dépourvu du vice ayant entaché l'acte annulé.

Mais pour autant, une collectivité pourrait-elle régulariser après coup un acte illégal qui n'aurait pas été annulé par le JA ? Pourrait-elle de sa propre initiative, et sans l'intervention du juge dans ce processus, régulariser rétroactivement un acte détachable afin de "sauver" le contrat qu'il approuve, avant que le juge ne soit saisi ? Oui : c'est ce qu'a pu juger la CAA de Paris 30 décembre 2016 14PA00218 dans une affaire là encore très similaire aux précédentes.

Donc en mobilisant cette JP, il nous semble que vous pourrez juger que la 2nde délibération, en corrigeant a posteriori le vice de procédure affectant la 1ère, l'a régularisé par l'expression d'un consentement renouvelé et cette fois-ci totalement éclairé.

Nous serons bcp plus brefs pour la 2ème illustration :

Il est admis par la JP qu'un acte postérieur régularise une opération. Comme le rappelait B Dacosta dans ses ccls sous l'arrêt Cne de Divonne-les-Bains le CE *"s'est d'ailleurs explicitement engagés dans cette voie en considérant qu'un conseil municipal qui approuve*

*un avenant doit être regardé comme ayant nécessairement donné son accord au contrat initial et validé la signature de celui-ci par le maire (cf. en ce sens CE, 31 juillet 2009, Ville de Grenoble, aux Tables sur un autre point)."*

Cela nous renvoie à des décisions rendues sur Recours dits Béziers 1 en contestation du contrat par un cocontractant et voyez CE 8 octobre 2014 Cne d'Entraigues sur la Sorgue 370588 aux T dont nous avons déjà eu l'occasion de débattre devant vous. Ici un maire avait signé un marché, sans autorisation préalable du conseil municipal, avec une société d'architecture. Après que les deux premières missions aient été exécutées par la société et payées par la commune, celle-ci avait refusé de payer les notes d'honoraires suivantes. Le CE va relever que le contrat litigieux avait été exécuté normalement pendant plusieurs années par la commune, sans qu'elle émette d'objection, et que le conseil municipal avait adopté une délibération qui mentionnait expressément une « décision de la ville » d'engager les études techniques confiées à cette société par le contrat litigieux. Le CE va considérer que le conseil municipal devait ainsi être regardé comme ayant donné son accord a posteriori à la conclusion du contrat en litige. Et il juge en conséquence que l'absence d'autorisation préalable donnée par l'assemblée délibérante à la signature du contrat, ne saurait, eu égard au consentement qu'il a donné par la suite, être regardée comme un vice d'une gravité telle que le contrat doive être écarté.

Alors bien entendu nous ne sommes pas dans le même recours, pour autant, là aussi se posait une question de consentement. Or le CE admet de manière pragmatique que le vice de consentement initial affectant un contrat administratif puisse être régularisé par la suite par une expression a posteriori de ce consentement. C'est d'ailleurs la logique de régularisation du manquement qui est prévue dans les recours Béziers 1 et désormais Tarn-et-Garonne.

Enfin 3ème illustration dans un tout autre domaine, celui de l'urbanisme mais elle est significative de cette approche pragmatique.

Aux termes de l'article L600-5-1 du code de l'urbanisme introduit par l'Ordonnance n°2013-638 du 18 juillet 2013, lorsque vous êtes saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, et que vous estimez, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé par un permis modificatif, vous pouvez désormais surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai fixé pour permettre à la collectivité de procéder à cette régularisation.

Ces 3 illustrations témoignent de la volonté de donner un effet utile aux décisions : à quoi bon annuler un acte pour un manquement dès lors que celui-ci peut être régularisé (urbanisme) ou l'a même été (les illustrations en matière de contrat).

Cette approche pragmatique nous conduit à vous inviter à suivre la logique retenue par la CAA de Paris le 30 décembre dernier, et à considérer que la 2nde délibération du conseil d'administration de l'Agence, en date du 8 mars 2016 a régularisé rétroactivement la 1ère, du 3 mars 2015.

Vous écarterez pour les mêmes motifs les moyens dirigés contre cette seconde délibération, tirés de son caractère rétroactif et du détournement de pouvoir, qui n'est pas démontré.

Vous pourrez donc rejeter les ccls en annulation et appliquer le même sort à celles à fin d'injonction.

**PCMNC au Rejet de la requête et aux ccls en défense sur L761-1 CJA.**