

Conclusions sur l'affaire n° 1903457 Syndicat CGT

Rapporteure : Marjolaine Potin

Rapporteur public : Julie Salenne-Bellet

Monsieur le président, madame et monsieur les conseillers,

Dans la perspective de réaliser des économies, le centre hospitalier du Sud Seine-et-Marne s'est engagé dans un processus de mutualisation de la production des repas.

Le 10 juillet 2018, il a publié un avis d'appel public à la concurrence en vue de conclure un marché public ayant pour objet la préparation, la fourniture et la livraison des repas en liaison froide et des prestations alimentaires diverses liées à la restauration.

Le 8 octobre 2018, il a conclu le marché public avec la société Elixor.

Par la présente requête, qui vient d'être appelée sous le numéro 193457, l'union syndicale départementale CGT Santé et action sociale 77, le syndicat CGT du centre hospitalier de Fontainebleau et le syndicat CGT du centre hospitalier de Nemours vous demandent notamment d'annuler ou de résilier ce marché.

Avant d'examiner les moyens soulevés par le syndicat requérant, vous pourrez être retenus par les questions préalables.

En effet, le centre hospitalier soulève trois fins de non-recevoir.

A/ Dans un premier temps, il fait valoir que la requête est tardive, dès lors qu'elle a été enregistrée plus de deux mois après la publication de l'avis d'attribution.

Le recours en contestation de validité du contrat doit être effectué « *dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi* ».

Voyez en ce sens : **CE 4 avril 2014 Département de Tarn-et-Garonne**, n° 358994, A.

Toutefois, il résulte des écritures mêmes du centre hospitalier que celui-ci n'a pas publié d'avis d'attribution. Il ne résulte pas de l'instruction qu'une autre mesure de publicité aurait été effectuée.

Si le centre hospitalier fait valoir que le syndicat était informé de la conclusion du contrat lors de la réunion du 9 octobre 2018, il ne démontre pas, par la production d'un compte-rendu de réunion par exemple, que le syndicat était informé des modalités de la consultation du marché public notamment.

Dans ces conditions, vous pourrez écarter cette première fin de non-recevoir.

B/ Dans un deuxième temps, le centre hospitalier fait valoir que le syndicat n'a pas intérêt à agir dès lors qu'il dispose d'une liberté de choix du mode de gestion du service public.

Toutefois, cette fin de non-recevoir nous semble étrangère au présent litige, qui est une contestation de validité du contrat et non un recours contre la décision décidant du mode de gestion du service public.

Dès lors, vous pourrez écarter cette deuxième fin de non-recevoir.

C/ Dans un troisième et dernier temps, le centre hospitalier fait valoir que les syndicats n'ont pas intérêt et qualité pour agir, dès lors qu'ils ne justifient pas être lésés de manière suffisamment directe et certaine par la passation du marché.

On arrive là à la fin de non-recevoir la plus intéressante.

En effet, vous n'êtes pas sans savoir que si la décision Tarn-et-Garonne ouvre le recours de plein contentieux à tous les tiers lésés, c'est à la condition qu'ils justifient être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou par ses clauses.

Selon les commentateurs officiels à l'AJDA 2014¹, si la démonstration de cet intérêt à agir sera « chose aisée » pour les concurrents évincés, « *ce sera chose beaucoup moins évidente pour le reste des tiers, qui devront consentir, pour justifier de leur intérêt pour agir, des efforts bien plus importants qu'au temps du recours contre les actes détachables. La rançon de l'accès au juge du*

¹ Contentieux contractuel : la révolution rentre au port – Aurélie Bretonneau – Jean Lessi – AJDA 2014. 1035

contrat et à l'efficacité de ses sentences est, logiquement, une subjectivisation du contentieux défavorable aux recours introduits de façon désincarnée dans le seul intérêt de la légalité, qu'il pouvait sembler judicieux d'admettre au temps de la jurisprudence Martin où l'annulation de l'acte détachable avait pour seul effet de faire dire le droit au juge sans conséquence directe pour le contrat. ».

Dans ses conclusions sur l'affaire Tarn-et-Garonne, Bertrand Dacosta avait à l'esprit de ne pas laisser « au bord de la route » les requérants recevables à faire un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat tout en n'ouvrant pas le prétoire du juge du contrat de manière déraisonnée.

A cet égard, il a été jugé que les syndicats ont intérêt à demander l'annulation d'un acte par lequel le ministre a décidé de conclure une convention, dès lors que, eu égard à ses statuts, la convention porte atteinte aux intérêts qu'il est chargé de défendre.

Voyez en ce sens : **CE 20 janvier 1978 Syndicat national de l'enseignement technique agricole public**, n° 99613, A.

D'une manière plus générale, l'intérêt à agir des syndicats en matière d'excès de pouvoir a été dégagé par la célèbre décision du Conseil d'Etat **Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges du 28 décembre 1906**, au GAJA.

Le principe dégagé par la jurisprudence est que l'action est largement ouverte contre les actes réglementaires ou les mesures qui portent atteinte aux intérêts collectifs (mais pas individuels) de leurs membres.

S'agissant des syndicats de fonctionnaires, l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit expressément que ceux-ci « *peuvent se pourvoir devant les juridictions compétentes contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires* ».

Il en résulte que les syndicats peuvent attaquer les actes réglementaires qui concernent les adhérents du syndicat ou les catégories d'agents que ce syndicat représente et les décisions individuelles dites positives, qui portent atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires.

Les syndicats se prévalent justement de cet article pour justifier de leur intérêt à agir. Mais comme nous venons de le dire, il concerne le recours pour excès de pouvoir et non le recours en contestation de validité du contrat.

A notre connaissance, le Conseil d'Etat n'a pas déterminé les conditions de l'intérêt à agir des syndicats dans le cadre du recours Tarn-et-Garonne.

Récemment, il a jugé que si les conseils régionaux de l'ordre des architectes ont qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte, la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont ils ont la charge.

Voyez en ce sens : **CE 3 juin 2020 Département de la Loire-Atlantique**, n° 426932, B.

Même si les ordres professionnels ne sont pas des syndicats, nous pensons que cette jurisprudence peut être appliquée aux syndicats.

En effet, le rapporteur public Gilles Pellissier sur cette affaire écrivait que *« la notion d'intérêt lésé implique désormais un rapport spécifique entre l'intérêt du requérant et le contrat particulier qu'il conteste, spécificité qui fait défaut lorsque l'intérêt invoqué est le même que ceux dont peuvent se prévaloir une autre catégorie de personnes plus directement concernée. »*.

La notion de lésion *« conduit à réserver la possibilité de contester la validité d'un contrat à ceux qui soit sont vecteurs d'intérêts généraux qui dépassent les intérêts individuels, tels que le représentant de l'Etat, les membres de l'organe délibérant, les contribuables locaux ou les associations, soit défendent leurs intérêts individuels. Or la personne morale qui conteste un contrat particulier au motif que les conditions pour recourir à ce type de contrat n'étaient pas remplies défend un intérêt professionnel identique, s'agissant d'une opération déterminée, à ceux de ses membres qui auraient pu candidater. S'ils n'ont pu le faire ou en ont été dissuadés, ils justifient personnellement d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine qu'ils peuvent défendre soit en référé précontractuel, soit en contestant la validité du contrat. Mais il ne nous semble pas que l'intérêt collectif de la profession dont l'ordre professionnel assure la défense lui permette de se substituer à ceux de ses membres qui ne se sont pas estimés lésés ou pas suffisamment pour contester eux-mêmes la procédure de passation du contrat ou le contrat lui-même. L'intérêt collectif des membres de la profession ne doit lui donner qualité pour agir que contre les mesures susceptibles d'affecter de manière générale leurs droits ou les modalités de leur exercice, mais pas de se faire le gardien du respect de ces droits à l'occasion de la conclusion de tout contrat. (...) »*.

Il en résulte donc que l'absence d'intérêt à agir des ordres professionnels est justifiée par la circonstance que les membres peuvent intenter le recours Tarn-et-Garonne et que l'ordre professionnel ne peut pas se substituer à eux.

Le même raisonnement peut être appliqué aux syndicats : dès lors que les membres du personnel peuvent intenter le recours Tarn-et-Garonne, le syndicat ne peut pas se substituer à eux.

Si, à notre connaissance, le Conseil d'Etat et les cours administratives d'appel n'ont eu à se prononcer sur l'intérêt à agir des syndicats dans le cadre de la jurisprudence Tarn-et-Garonne, il en va différemment de vos collègues des tribunaux administratifs.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un syndicat ne justifie pas, compte tenu en particulier de ses statuts, que la passation des conventions de prestation de service ayant pour objet la mise en place de cours de guitare aurait été susceptible de le léser dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine.

Voyez par exemple : **TA Limoges 28 décembre 2020**, n° 1801551.

En l'espèce, l'article 1^{er} des statuts de l'union syndicale départementale santé action sociale du 77 dispose qu'elle est ouverte à tous, actifs, retraités et privés d'emploi et que *« son but est de défendre avec eux leurs droits et intérêts professionnels, moraux et matériels, sociaux et économiques, individuels et collectifs »*.

Le préambule des statuts du syndicat CGT du site hospitalier de Fontainebleau et de Nemours dispose que *« (...) le syndicat CGT œuvre au rassemblement des salariés dans leurs diversités, agit pour que prévalent dans la société des idéaux de liberté, d'égalité, de justice, de laïcité, de fraternité et de solidarité. »*.

Leur article 3 dispose que *« (...) Le syndicat a vocation à ester en justice tant pour la défense des intérêts individuels et collectifs de ses membres que de sa propre défense statutaire et institutionnelle. Il peut mandater un de ses représentants après délibération de sa commission exécutive. »*.

Comme nous l'avons rappelé précédemment, le marché litigieux a pour objet la préparation, la fourniture et la livraison des repas en liaison froide et des prestations alimentaires diverses liées à la restauration ainsi que les prestations associées pour le compte du centre hospitalier.

A première vue, le marché n'a aucun lien avec les statuts des syndicats.

La circonstance que l'article 9 du CCTP comprenne une clause ressource humaine ne suffit pas à établir que les syndicats justifient d'un intérêt lésé suffisamment direct et certain par la passation de ce marché.

Il appartient aux personnels concernés d'exercer eux-mêmes le recours Tarn-et-Garonne. Pour reprendre les termes de Gille Pellissier, les membres du personnel sont plus directement concernés par la passation du contrat et pourraient justifier d'un intérêt à sa contestation.

Ce raisonnement semble conforme aux conclusions précédemment rappelées de Bertrand Dacosta sur la décision Tarn-et-Garonne et de Gilles Pellissier, qui écrivait que « *la notion d'intérêt lésé implique désormais un rapport spécifique entre l'intérêt du requérant et le contrat particulier* ».

Par ailleurs, nous pensons que la question des personnels relève plutôt de l'exécution et non de la passation du contrat.

Dans ces conditions, vous pourrez rejeter les conclusions à fin d'annulation et de résiliation du marché, ainsi que des articles 2 du CCAP et 9 du CCTP, comme étant irrecevables. Vous pourrez également rejeter, par voie de conséquence, les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administratif.

En revanche, vous pourrez mettre à la charge des syndicats la somme de 1 500 euros à verser au centre hospitalier au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

POUR CES MOTIFS, NOUS CONCLUONS :

- au rejet de la requête pour irrecevabilité ;
- à la mise à la charge des syndicats la somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.