

L'urgence à suspendre l'exécution d'un contrat : une condition difficile à démontrer pour un candidat évincé

Dans le cadre du référé-suspension, formé à l'appui d'un recours en contestation de la validité du contrat, le juge n'a admis que dans de très rares hypothèses que la condition relative à l'urgence était remplie. Néanmoins, on constate un premier infléchissement de la part de certaines juridictions du premier degré, relayé par les récentes conclusions du rapporteur public Nicolas Boulouis.

Jusqu'à l'arrêt *Tropic Travaux Signalisation*⁽¹⁾, un candidat évincé pouvait uniquement saisir le juge, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, d'une demande tendant à la suspension des actes détachables du contrat (rejet de l'offre, décision d'attribution du contrat...). L'arrêt *Tropic* a ouvert le référé-suspension aux candidats évincés en leur permettant de solliciter du juge des référés la suspension de l'exécution du contrat, parallèlement à un recours en contestation de la validité dudit contrat. La possibilité de former un référé-suspension, à l'appui d'un recours au fond contre le contrat, a été étendue aux tiers par l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne*⁽²⁾. Ainsi, à l'instar des contentieux portant sur une décision administrative, il appartient aux candidats évincés de démontrer l'urgence et l'existence de moyens propres à créer un doute sérieux quant à la validité du contrat. Si la condition relative à l'existence de doutes sérieux quant à la légalité du marché ne suscite pas de difficultés, il en va autrement de la condition d'urgence laquelle doit, suivant la formule jurisprudentielle consacrée, « être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »⁽³⁾. La difficulté de démontrer l'urgence explique que sept ans après l'ouverture de ce nouveau recours, le bilan soit mitigé, le juge administratif rejetant quasi systématiquement les demandes en référé-suspension. Pour autant, dans de très rares hypothèses, le juge des référés suspension a admis que la violation d'un intérêt public justifie que l'exécution du marché soit suspendue et les récentes évolutions jurisprudentielles traduisent une volonté de faire évoluer l'appréciation de l'urgence.

Auteur

Anne-Margaux Halpern
Avocat à la Cour – SELARL Huglo Lepage et Associés Conseil

Mots clés

Intérêt du requérant • Intérêt public • Référé-suspension
• Urgence

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

(2) CE Ass. 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994 ; *CP-ACCP*, n° 144, juin 2014, p. 76, note E. Lanzarone et H. Braunstein.

(3) CE 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req. n° 228815.

L'appréciation particulièrement stricte de la condition d'urgence

La voie du référé-suspension s'est révélée particulièrement décevante dans la pratique. En effet, une analyse des différentes décisions rendues fait apparaître que l'urgence est très rarement admise par les juridictions administratives^[4], de sorte que les candidats évincés voient leur demande quasi systématiquement rejetée qu'elle soit fondée sur l'atteinte à leurs intérêts ou à un intérêt public.

Le rejet quasi systématique des demandes de suspension fondées sur l'atteinte aux intérêts du requérant

Le moyen tiré de l'atteinte aux intérêts du requérant est plus souvent invoqué par les candidats évincés que celui tiré de l'atteinte à un intérêt public. Pour autant, une analyse des différentes décisions rendues fait apparaître que l'urgence est appréciée très strictement et que les juridictions sont réticentes à faire prévaloir un intérêt privé sur un intérêt public.

Lorsqu'elles sont saisies d'une demande de suspension, les juridictions procèdent à une recherche du bilan entre, d'une part, le préjudice subi par le requérant, et, d'autre part, l'intérêt public qui s'attache à la poursuite de l'exécution du marché par la personne publique, étant précisé que par définition, l'objet du marché est nécessairement lié à la poursuite de l'intérêt général. Une analyse des différentes décisions démontre que la mise en balance des intérêts penche en faveur de l'intérêt public. De sorte que les demandes de suspension sont quasi automatiquement rejetées.

Pour démontrer l'urgence, les candidats évincés se prévalent d'un préjudice financier lié à la perte de chance de remporter le marché. Le Conseil d'État a transposé la jurisprudence applicable aux demandes de suspension formées contre une décision administrative aux termes de laquelle il avait été jugé que le préjudice simplement potentiel, qui résulterait de l'impossibilité d'augmenter le chiffre d'affaires, de conquérir de nouvelles parts de marché ou d'atteindre une clientèle plus large, ne caractérisait pas, en l'absence de mise en péril de l'activité économique de la société, une situation d'urgence^[5]. Ainsi, les juridictions administratives saisies d'une demande de référé-suspension en matière contractuelle ont jugé que l'urgence n'était pas satisfaite dès lors qu'il n'était pas démontré que la perte du contrat contesté aurait eu des conséquences significatives sur les résultats financiers ou le développement commercial de la société requérante^[6].

À titre d'exemple, le tribunal administratif de Besançon a jugé que le requérant n'établissait pas que « l'exécution du marché public contesté porterait atteinte, de manière

suffisamment grave et immédiate, à l'emploi dans l'entreprise, à sa situation financière ou à son expertise technique sur son créneau d'activité ». Le Tribunal a donc rejeté la demande de suspension^[7].

Par une autre ordonnance, le tribunal administratif d'Orléans a jugé que la condition d'urgence devait s'apprécier non pas au regard de la situation financière immédiate de la société requérante mais par référence aux effets d'une mesure de suspension sur les obligations de la collectivité. Plus précisément, pour rejeter la demande, le tribunal a fait prévaloir l'intérêt des parties à l'exécution du marché et apprécié les conséquences que la suspension entraînerait sur les obligations de la personne publique, et notamment sur la circonstance qu'en cas de suspension, cette dernière ne serait plus en mesure d'assurer la continuité du service public^[8].

Il ressort de ces différents exemples que l'atteinte aux intérêts d'un candidat évincé est extrêmement difficile à apporter, les juges estimant que l'urgence s'apprécie globalement et objectivement. Cette interprétation de l'urgence permet d'éviter une suspension quasi automatique de l'exécution des marchés.

Par ailleurs, les juridictions justifient cette position en considérant que la suspension de l'exécution du marché, à supposer même qu'elle soit prononcée, n'a pas pour effet de « restituer [au candidat évincé] les prestations et le chiffre d'affaires correspondant »^[9]. Cette interprétation peut sembler d'autant plus sévère que dans le cas d'espèce, le candidat évincé avait subi une perte de chiffre d'affaires de 50 % compte tenu du non-renouvellement des contrats. Ce raisonnement s'explique par le fait que pour les juridictions administratives, la mise en balance des intérêts du requérant par rapport à l'intérêt public qui s'attache à la poursuite de l'exécution du marché par la personne publique doit nécessairement faire prévaloir l'intérêt général. « L'urgence s'efface ainsi devant l'intérêt général »^[10].

Enfin, il est d'autant plus difficile de démontrer l'urgence que les juridictions administratives refusent toujours, à ce jour, de reconnaître une présomption d'urgence^[11]. Cette appréciation de l'urgence explique les rejets quasi systématiques des demandes de suspension.

[7] TA Besançon 12 février 2008, Sté CBS, *JCP A* 2008, 2075, note F. Linditch.

[8] TA Orléans 28 mai 2008, Sté Compost Sud Essonne, req. n° 0801420, *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 169, note J-P Pietri.

[9] TA Orléans 28 mai 2008, Sté Compost Sud Essonne, req. n° 0801420, *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 169, note J-P Pietri.

[10] E. Wurtzbacher et Y. Daumin, « Le référé-suspension : un renouveau conceptuel limité par les exigences de l'urgence », *CP-ACCP*, n° 123, juillet 2012, p. 33.

[11] TA Versailles 5 juin 2008, Société Compass, req. n° 0805259 ; TA Besançon 12 février 2008, Société CBS, *JCP A* 2008, 2075, note F. Linditch.

[4] CE 3 février 2010, Communauté de communes de l'Arc Mosellan, req. n° 330237.

[5] CE 14 avril 2006, Sté Almirall, req. n° 291510.

[6] TA Dijon 13 août 2008, Société Municipalité Service, req. n° 0801715.

Le rejet quasi-systématique des demandes de suspension fondées sur l'intérêt public

Il est rare qu'un candidat évincé puisse effectivement se prévaloir d'un intérêt public à la suspension de l'exécution d'un marché.

S'agissant de l'intérêt public auquel la conclusion d'un contrat est susceptible de porter atteinte, le juge administratif a précisé à plusieurs reprises que les vices allégués dans la procédure de passation et dans le contrat lui-même n'étaient pas susceptibles de caractériser une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Ainsi, à titre d'exemple, le tribunal administratif d'Orléans a jugé que « les doutes pouvant peser sur la légalité de la décision contestée sont sans incidence sur l'appréciation de l'urgence susceptible de justifier la suspension de son exécution^[12] ».

Cette solution se justifie dans une certaine mesure dès lors que les candidats évincés disposent d'autres recours efficaces pour sanctionner une méconnaissance par le pouvoir adjudicateur des règles de la commande publique, dans le cadre de la procédure de passation. En effet, avant la signature du contrat, les candidats évincés peuvent saisir le juge d'un référé-précontractuel^[13]. Postérieurement à la signature du contrat, un candidat évincé peut également saisir le juge d'un référé contractuel^[14], sous réserve qu'il n'ait pas déjà saisi le juge d'un référé précontractuel ou qu'il ait saisi le juge du référé précontractuel tout en ignorant que le contrat avait été signé, faute d'avoir été informé par le pouvoir adjudicateur du délai de *standstill*^[15]. Cette solution est toutefois critiquable dans la mesure où le champ d'application du référé-suspension est plus large que celui des référés précontractuel et contractuel, ouverts aux seuls contrats administratifs ayant pour objet l'exécution des travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation ou aux délégations de service public^[16]. Ainsi, les candidats évincés d'une procédure n'entrant pas dans le champ des référés précontractuel et contractuel ne pourront soulever des irrégularités procédurales que dans le cadre du recours Tropic.

Afin d'apprécier l'urgence, les juridictions procèdent à une recherche de l'équilibre entre le préjudice subi par le requérant et l'intérêt à la poursuite de l'exécution du marché dont l'objet est nécessairement lié à une mission de service public ou une mission d'intérêt général. Cette mise en balance des intérêts conduit généralement les juridictions à rejeter une demande de suspension. Comme le souligne le rapporteur public Nicolas Boulouis, dans

ses conclusions sous l'arrêt Communauté de communes de l'Arc mosellan :

« la suspension ne peut être prononcée que si le doute sérieux et l'appréciation d'ensemble du juge le conduisent à penser que le contrat devrait être annulé dans le cadre de l'examen au fond »^[17].

Une ordonnance rendue par le tribunal administratif d'Orléans met en évidence la volonté du juge de faire prévaloir l'intérêt public en exigeant des requérants qu'ils démontrent que « la mesure de suspension ne se justifie que si elle permet effectivement de faire obstacle à ce que se poursuive l'atteinte grave et immédiate que l'exécution de la décision contestée porte à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »^[18].

Ainsi, « l'efficacité du référé-suspension accompagnant le recours Tropic est douteuse »^[19]. La recherche du bilan entre l'urgence à suspendre et l'urgence à exécuter conduit les juridictions administratives, dans la très grande majorité des cas, à faire prévaloir l'intérêt public et à rejeter les demandes de suspension. Pour autant, dans de très rares hypothèses, le juge des référés a considéré que la violation d'un intérêt public pouvait justifier la suspension de l'exécution d'un marché, et les récentes évolutions jurisprudentielles pourraient conduire à une évolution de l'appréciation de l'urgence.

Vers une reconnaissance de l'urgence à suspendre l'exécution du marché ?

À ce jour, les juridictions administratives ont jugé que la condition d'urgence était satisfaite dans de rares hypothèses, et les récentes conclusions du rapporteur public Bertrand Dacosta, sous l'arrêt Département du Tarn-et-Garonne, conduisent à s'interroger sur une évolution possible de l'appréciation de l'urgence.

Les premiers infléchissements jurisprudentiels

Les juridictions administratives ont parfois admis que la violation particulièrement grave d'un intérêt public pouvait justifier la suspension de l'exécution d'un contrat.

En premier lieu, par une décision du 6 mars 2009, le Conseil d'État a sanctionné la violation outrageuse par le pouvoir adjudicateur d'une ordonnance du juge des référés précontractuels l'ayant enjoint de suspendre la signature du marché^[20].

[12] TA Orléans 28 mai 2008, Sté Sud Essonne, req. n° 0801420 : *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 169, note J-P Pietri ; voir également TA Versailles 19 mars 2008, Société CRC SA, req. n° 0801326.

[13] CJA, art. L. 551-1 et L. 551-5.

[14] CJA, art. L. 551-14.

[15] CE 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, req. n° 343435.

[16] CJA, art. L. 551-1, L. 551-5 et L. 551-14.

[17] N. Boulouis, concl. sous CE 3 février 2010, Communauté de communes de l'Arc Mosellan, req. n° 330237.

[18] TA Orléans 28 mai 2008, Sté Compost Sud Essonne, req. n° 0801420.

[19] P. Cassia, « Questions sur le référé-suspension accessoire au nouveau recours contre le contrat », *JCP A* 3 décembre 2007, n° 49.

[20] CE 6 mars 2009, Sté Biomérieux, req. n° 324064, *CP-ACCP*, n° 89, juin 2009, p. 102, note J. Bon et A. Claeys.

Eu égard à la violation manifeste des règles de la commande publique et afin d'éviter une remise en cause de l'autorité des décisions prononcées par le juge des référés précontractuels⁽²¹⁾, le Conseil d'État a considéré que les deux conditions du référé-suspension étaient réunies, la méconnaissance de l'injonction du juge du référé précontractuel constituant un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité du marché et permettant de caractériser la situation d'urgence : « la méconnaissance par la collectivité publique du caractère exécutoire de l'ordonnance du juge des référés précontractuels et l'atteinte grave et immédiate qu'elle porte à un intérêt public "crée" en principe une situation d'urgence, sous réserve que l'instruction fasse apparaître des éléments précis relatifs aux risques pour la collectivité publique qui résulteraient de la suspension du marché »⁽²²⁾.

Cette jurisprudence pragmatique doit toutefois être relativisée car elle a été rendue antérieurement à l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, laquelle a ouvert le référé contractuel aux candidats évincés et, par extension, la possibilité d'obtenir la suspension de l'exécution du contrat.

En second lieu, les juridictions administratives ont jugé que la condition d'urgence était satisfaite dans le cadre d'un marché rendu en matière de droit des étrangers. Par une ordonnance du 16 novembre 2009⁽²³⁾, le Conseil d'État, saisi d'un pourvoi formé contre l'ordonnance du tribunal administratif de Paris⁽²⁴⁾, a jugé que l'urgence était satisfaite dans la mesure où : « l'exécution du marché litigieux ne permettait pas de garantir que les étrangers en rétention soient en mesure d'assurer l'exercice effectif de leurs droits par une aide et un soutien juridique spécifiques [...] ; que si le ministre fait valoir que la continuité du service public serait affectée par une suspension du marché, il lui est possible, dans les circonstances de l'espèce, pour assurer cette continuité et pour remplir l'objectif fixé par le législateur de soutien aux étrangers en rétention, et ainsi qu'il l'a déjà fait à la suite de la suspension prononcée par le juge des référés du tribunal administratif de Paris, de conclure avec l'actuel prestataire un avenant à la convention qui les lie afin d'en prolonger les effets ; qu'ainsi, eu égard à la nature particulière des prestations du marché, qui concernent des personnes privées de liberté, la condition tenant à l'urgence doit être regardée comme remplie ».

Cette solution se justifie eu égard à la violation manifeste d'une liberté fondamentale. Il est bien évident que le

requérant aurait pu parvenir aux mêmes fins en formant un référé-liberté, sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

La reconnaissance par le juge administratif de la condition d'urgence a permis de rompre avec le rejet quasi systématique des demandes de suspension. Rendues dans des cas extrêmement spécifiques, il n'était pas certain que les juridictions administratives acceptent pour autant de revenir sur leur position. Cependant, les évolutions récentes laissent à penser qu'une appréciation moins stricte de l'urgence pourrait être envisagée.

Vers un nouvel équilibre entre l'intérêt public et les intérêts des candidats évincés

Très récemment, le tribunal administratif de Dijon a jugé que la condition d'urgence était satisfaite dans une hypothèse très différente de celles vues précédemment. En effet, alors que jusqu'à présent, les juridictions avaient considéré la condition d'urgence satisfaite dans deux hypothèses très particulières, le tribunal a fait droit à la demande de suspension d'un candidat évincé qui avait fait valoir des arguments qui n'avaient jusque-là pas donné lieu à la suspension de l'exécution du contrat. En l'espèce, le tribunal a jugé que l'aggravation de la situation économique des entreprises pouvait justifier la suspension. Plus précisément, le tribunal a considéré qu'eu égard au « contexte général de crise économique, particulièrement marqué dans le secteur du bâtiment-travaux-publics, de ses difficultés propres et de la taille de l'entreprise »⁽²⁵⁾, la perte du marché, qui représentait 15 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise évincée caractérisait « l'existence d'une situation d'urgence ». Cette solution est innovante car elle reconnaît, pour la première fois, que le préjudice financier subi par le concurrent évincé justifie une demande de suspension.

Cette jurisprudence doit être reliée aux conclusions du rapporteur public Bertrand Dacosta, sous l'arrêt Tarn-et-Garonne, qui a suggéré de faire évoluer l'appréciation de l'urgence : « donner toute son efficacité au recours en contestation de la validité du contrat imposera [...] de réfléchir aux conditions de mise en œuvre du référé-suspension dont il peut être assorti, et notamment à la condition d'urgence. Cette condition, telle qu'elle est interprétée actuellement par les tribunaux et les cours, est rarement remplie ; peut-être conviendrait-il d'imaginer, en certains cas, que puisse jouer une présomption ; la suspension d'un contrat peut être préférable à son annulation en cours d'exécution aussi bien pour les parties que pour l'intérêt général »⁽²⁶⁾.

Ainsi, ces infléchissements pourraient ouvrir la voie à une appréciation plus nuancée du juge administratif dans son contrôle des intérêts en présence. Pour autant, dans l'attente de cette évolution, les chances de succès d'un référé-suspension demeurent extrêmement réduites.

(21) F. Linditch, « La signature du contrat prononcée en violation de l'ordonnance de suspension prononcée par le juge du référé précontractuel peut être sanctionnée dans le cadre du référé-suspension », *JCPA* 4 mai 2009, n° 2107.

(22) F. Brenet, « La recherche d'une plus grande efficacité des recours contentieux en matière contractuelle : les réponses du Conseil d'État et du législateur délégué », *RJEP* 2009, comm. 8.

(23) CE 16 novembre 2009, Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire - Association collectif respect, req. n° 328826 et 328974.

(24) TA Paris 30 mai 2009, Cimade, req. n° 098086 et 098232.

(25) TA Dijon 16 février 2012, req. n° 1200068.

(26) B. Dacosta, concl. sous CE Ass. 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.