

Le référé-suspension : un renouveau conceptuel limité par les exigences de l'urgence

- Dans le cadre du recours consacré par l'arrêt Tropic, les requérants ont la possibilité d'utiliser la procédure de référé-suspension prévue à l'article L. 521-1 du code de justice administrative.
- Cependant, la suspension de l'exécution du contrat ne pourra être prononcée que si les conditions relatives à l'existence d'un moyen sérieux et l'urgence sont remplies.
- Or, il ressort de la jurisprudence que, cette dernière condition étant très rarement démontrée par les requérants, les cas de suspension sont en nombre très limité.

Auteurs

Estelle Wurtzbacher, Docteur en droit, avocat
au Barreau de Lyon
Yvan Daumin, avocat au Barreau de Lyon,
SELARL Yvan Daumin

Référence

TA Dijon 16 février 2012, req. n°1200068

Mots clés

Acte détachable • Annulation • Doute
sérieux • Intérêt public • Situation
économique • Suspension • Urgence •

La décision du Conseil d'État Tropic Travaux signalisations rendue en 2007⁽¹⁾ est novatrice à bien des égards. En plus de son apport bien connu consistant à permettre désormais aux concurrents évincés de la procédure de passation d'un marché public de saisir le juge en contestation de validité du contrat⁽²⁾, le Conseil d'État a ouvert la voie à l'utilisation de la procédure de référé-suspension prévue à l'article L. 521-1 du code de justice administrative permettant que soit ordonnée la suspension de l'exécution du marché (I). Depuis, il n'est pas rare que des candidats évincés de la procédure de passation d'un marché et souhaitant contester sa validité adossent une demande de suspension de l'exécution du marché à leur requête au fond. Pour autant, cette demande est rarement accueillie par le juge administratif. De manière quasi systématique, ce dernier considère que la condition liée à l'urgence n'est pas remplie. Les requérants sont alors contraints d'attendre patiemment que le juge du fond se prononce enfin sur leur demande d'annulation, pendant que le marché continue de s'exécuter. Pour autant, récemment, et de manière inattendue, une ordonnance a été rendue prononçant la suspension de l'exécution du marché sur le fondement de l'urgence (II).

I. L'ouverture de la procédure de référé-suspension aux contrats

La décision Tropic Travaux signalisations ne pouvait être rendue qu'au prix d'importantes modifications conceptuelles touchant aussi bien l'organisation de la justice administrative que la théorie du droit des contrats (A). L'office du juge s'en est naturellement trouvé modifié (B).

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

(2) Il est à noter que le recours Tropic n'est pas ouvert contre tout contrat, mais seulement contre les contrats « à procédure » : D. Casas, « Un nouveau recours qui préserve la sécurité juridique des contrats publics », Mon. TP, 26 octobre 2007, p.106.

A) Une création prétorienne fondée sur d'importantes modifications conceptuelles

Jusqu'à la décision Tropic travaux Signalisations, un requérant pouvait saisir le juge des référés pour obtenir la suspension de décisions administratives entourant la passation d'un marché, tel le rejet de l'offre, la décision d'attribution du marché ou la décision de le signer. Tant que la signature du marché n'avait pas eu lieu, le recours en référé-suspension était ouvert contre les actes dits détachables du contrat. Dès lors, le contentieux de la suspension des actes détachables était lié directement à celui du recours pour excès de pouvoir, et on se situait nécessairement dans la phase précontractuelle⁽³⁾. Après cela, aucun recours n'était donc plus ouvert contre le contrat, hormis par les parties elles-mêmes.

Cet état du droit tenait à deux raisons conceptuelles, la première liée à des impératifs d'organisation de la justice administrative, la seconde fondée sur l'office du juge en matière contractuelle. Si la première n'a pas entièrement disparu, la seconde a connu un changement majeur par la décision Tropic travaux du Conseil d'État.

Le référé-suspension, institué par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, comme le sursis à exécution et la suspension provisoire d'exécution auparavant, permet au juge statuant en urgence de suspendre l'exécution d'une décision administrative. La distinction traditionnelle entre le contentieux objectif de l'excès de pouvoir et celui subjectif du contrat justifiait que des tiers au contrat ne puissent s'immiscer dans les relations contractuelles. Certes, cette distinction est devenue poreuse dès le début du XX^e siècle, notamment avec la décision Martin de 1905⁽⁴⁾ par laquelle le Conseil d'État a admis le recours des tiers au contrat contre les actes administratifs unilatéraux pris pour le préparer et qui s'en détachent. Cette « construction intellectuelle très remarquable » a « permis au juge administratif d'aller très loin sans paraître bouger un pouce »⁽⁵⁾, mais aussi d'apporter encore par la suite d'importants tempéraments à la distinction traditionnelle des contentieux administratifs – objectif et subjectif – afin d'affirmer son contrôle sur le contrat⁽⁶⁾.

À cela s'ajoute une importante modification conceptuelle quant aux pouvoirs du juge sur le contrat, modification opérée par le renouvellement du concept de nullité⁽⁷⁾. En effet, alors que traditionnellement le juge du contrat se reconnaissait le seul pouvoir de « déclarer » ou de « constater » la nullité du contrat, avec la décision Tropic Travaux, il dispose à présent du pouvoir d'annuler le contrat.

La différence conceptuelle entre déclaration de nullité et annulation avait des conséquences importantes sur l'office du juge, même si leur effet était le même, à savoir l'anéantissement de l'acte de manière rétroactive⁽⁸⁾.

(3) Pour un état des lieux du référé-suspension avant la décision Tropic travaux, voir J. Momas, « Référé-suspension et contentieux précontractuel », AJDA, 2004, p.1116.

(4) CE 4 août 1905, Martin.

(5) D. Casas, concl. sur CE ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, préc. : RFDA 2007, p.696.

(6) D. Casas, préc.

(7) J.-F. Lafaix, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », RFDA 2011, p.1089.

(8) J.-F. Lafaix, précité.

Dans le premier cas, le juge considère que l'acte soumis à son contrôle n'a jamais acquis de valeur juridique en raison de l'existence d'un vice initial ayant entaché sa validité. Ce vice a ainsi empêché l'acte en cause d'entrer dans l'ordonnement juridique, et sa nullité ne peut être que constatée. Dans le second cas, celui de l'annulation du contrat, l'acte contesté est considéré comme ayant été valide dès sa formation, mais non conforme au regard des conditions posées dans l'ordre juridique. L'acte non conforme sera donc annulé par le juge.

On comprend ainsi l'impact de l'acquisition du pouvoir d'annulation du marché par le juge conféré par la décision Tropic Travaux sur la mise en œuvre du référé-suspension contre ce même marché. Dès lors que le marché est considéré comme valide, c'est-à-dire comme ayant intégré l'ordre juridique, le juge peut en suspendre les effets s'il l'estime non conforme.

B) Une évolution de l'office du juge du référé-suspension par une interprétation de l'article L. 521-1 du CJA

Si le référé-suspension suppose que le juge ait acquis un véritable pouvoir d'annulation du marché, un pas devait encore être franchi pour la mise en œuvre de cette procédure.

L'article L. 521-1 du code de justice administrative dispose que le référé-suspension doit être dirigé contre une décision administrative. En aucun cas une décision administrative est un acte administratif unilatéral, ce qui d'évidence n'est pas le cas d'un marché. Sans modification législative de l'écriture de cet article, on voit mal quel argument pourrait conduire à interpréter la catégorie de décision administrative comme incluant les actes bilatéraux. Seul un raisonnement par voie d'analogie, qui consisterait à intégrer le contrat administratif dans la catégorie des décisions administratives, pourrait permettre une telle assimilation. Mais de ce raisonnement, qui ne ressort d'aucune logique en plus d'être contre-intuitif, il en résulterait une incohérence juridique affectant sa validité même.

Pourtant, le commissaire du gouvernement Didier Casas a indiqué dans ses conclusions :

« Il nous semble en effet que le recours contestant la validité du contrat dont nous vous proposons de consacrer l'existence doit pouvoir être regardé sans grand effort comme la « requête en annulation ou en réformation » dirigée contre une « décision administrative » mentionnée par l'article L. 521-1. »⁽⁹⁾

C'est peut-être le prix de la sécurité juridique des candidats malheureux à la passation de contrats administratifs⁽¹⁰⁾. Il n'en reste pas moins que cette solution est juridiquement fragile. Néanmoins cette interprétation n'a jamais été remise en cause, ni même critiquée. Mais cette modification conceptuelle majeure d'un pan du droit administratif s'est révélée de faible portée pratique, les chances de succès des requérants étant quasi nulles.

(9) Conclusions, préc.

(10) La confusion entre la théorie de la déclaration de nullité et celle de l'annulation persiste toutefois en matière de référé-contractuel, confusion due à une maladresse apparente dans la rédaction de l'article L. 551-17 du code de justice administrative où il est énoncé que « le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise ». Or, s'agissant ici aussi d'un recours pouvant être exercé par un tiers disposant de la qualité particulière de concurrent évincé, il ne fait pas de doute depuis la décision Tropic Travaux que le prononcé de la nullité doit effectivement être regardé comme une annulation du contrat.

II. Le référé-suspension de l'exécution du marché : différentes formes de l'urgence

La voie du référé-suspension ouverte par la décision Tropic Travaux au profit des concurrents évincés aux procédures de passation de marchés publics s'est révélée décevante dans la pratique ainsi que le montrent les décisions rendues (A). Toutefois, une récente décision ordonnant la suspension de l'exécution d'un marché pourrait ouvrir la voie à un contrôle de proportionnalité plus équilibré des intérêts en présence (B).

A) La quasi-automaticité du rejet des demandes de suspension

Les conditions de mise en œuvre du référé-suspension d'un marché public telles celles tenant à la qualité particulière des requérants pouvant demander la suspension de l'exécution d'un marché public, à l'exercice à titre principal d'un recours en contestation de validité du contrat et aux délais, ne posent pas de difficultés particulières. La condition relative à l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité du marché conclu sera considérée comme remplie ou non en fonction des manquements allégués par le requérant. Cet aspect n'entraîne pas de difficulté particulière, d'autant que le juge ne contrôle ce moyen qu'en tout dernier lieu.

Il en va différemment de la condition tenant à l'urgence qui fait du référé-suspension une procédure dont les chances de succès se révèlent particulièrement faibles pour les requérants. L'urgence, dans le cadre du référé-suspension, est considérée 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 »⁽¹¹⁾.

Laissant de côté l'atteinte à un intérêt que le requérant entend défendre – cette situation correspondant effectivement à une demande de suspension d'une décision administrative –, deux situations sont à distinguer : celle de l'atteinte à un intérêt public, et celle de l'atteinte aux intérêts du requérant.

L'atteinte à un intérêt public n'a pas fait l'objet d'un contentieux important car rares sont les situations où un candidat peut effectivement arguer d'un intérêt public à la suspension du marché. Dans deux décisions retentissantes toutefois, le juge administratif a été conduit à se poser la question de l'existence d'un intérêt public dont la violation grave et immédiate justifiait que les marchés soient suspendus.

La première est celle rendue le 6 mars 2009 par laquelle le Conseil d'État est venu sanctionner le non-respect par le pouvoir adjudicateur d'une ordonnance du juge des référés précontractuels l'ayant enjoint de suspendre la signature d'un marché⁽¹²⁾. La gravité de ce manquement a d'ailleurs justifié aux yeux du juge que l'urgence soit alors présumée. Il est vrai que ne pas sanctionner le pouvoir adjudicateur d'avoir adopté ce comportement aurait conduit à remettre en cause l'autorité des décisions prononcées par le juge des référés précontractuels⁽¹³⁾,

et plus généralement l'autorité des décisions de justice. Mais, cette présomption d'urgence attachée à la signature du marché par le pouvoir adjudicateur malgré l'interdiction prononcée par le juge de référés n'est toutefois pas irréfutable. En effet, il appartient au pouvoir adjudicateur de démontrer que le service public en cause serait interrompu par la suspension de l'exécution du marché⁽¹⁴⁾.

La seconde décision reconnaissant un intérêt public à suspendre l'exécution d'un marché est plus casuistique en ce que l'intérêt public ici en cause tenait à l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus en centre de rétention⁽¹⁵⁾. Mais cette dernière ordonnance est également intéressante en ce que le juge des référés a rappelé que « la simple évocation d'une méconnaissance des règles du code des marchés publics n'est pas de nature à démontrer un préjudice suffisamment grave et immédiat à un intérêt public ».

On le voit, il est bien malaisé pour un requérant de trouver un intérêt public de nature à justifier la suspension d'un marché. Le moyen de l'atteinte aux intérêts du requérant est plus communément utilisé afin d'obtenir la suspension d'un marché. Pour autant, les chances de succès sont aussi maigres que lorsqu'est soulevé le moyen précédent. En effet, il est jugé que la condition d'urgence est constituée dans cette hypothèse par la prise en compte à la fois du préjudice financier du concurrent évincé mais aussi de ses chances de remporter le marché. Il ne s'agit donc plus ici d'urgence *stricto sensu* car l'estimation des chances de l'entreprise de remporter le marché suppose avant tout son illégalité. La première condition du référé-suspension, à savoir l'urgence, est ici mesurée à l'aune de la seconde, celle du doute sérieux quant à la légalité du marché.

Cette définition de l'urgence lorsqu'est invoquée l'atteinte aux intérêts du requérant se retrouve dans plusieurs ordonnances rendues⁽¹⁶⁾. L'atteinte à ses intérêts par son éviction de la procédure de passation d'un marché est bien difficile à rapporter par un concurrent malheureux, les juges estimant que l'urgence s'apprécie objectivement et globalement, de façon à éviter une quasi-automaticité de la suspension des marchés⁽¹⁷⁾. Les requérants tenteront de démontrer une atteinte grave et immédiate à la situation de l'emploi dans leur entreprise, la perte de chiffre d'affaires, voire la menace qui pèse sur sa propre existence du fait de son éviction, généralement en vain⁽¹⁸⁾.

Cette position a été motivée, sévèrement, dans une ordonnance rendue en 2008, par le fait que « la suspension de l'exécution du marché litigieux n'aurait nullement pour conséquence de [...] restituer [à l'entreprise évincée] les prestations et le chiffre d'affaires correspondant »⁽¹⁹⁾. D'ailleurs, poursuit le juge, une nouvelle mise en concurrence pourrait certes permettre à

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

(12) CE 6 mars 2009, Sté Biomérieux, req. n°324064.

(13) 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 », JCP A, 4 mai 2009, n°2107.

(14) TA Nice 15 mars 2010, Sté Ricoh France, req. n°100070.

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

(16) TA Versailles ord. 28 avril 2009, Sté Presspali France, req. n°0902728, note Ph. Rees, « L'urgence à suspendre au regard de la situation du candidat évincé », Contrats marchés publ., n°6, juin 2009, comm. 210.

(17) TA Besançon ord. 12 février 2008, Sté CBS, req. n°800115, note F. Linditch, « Recours Tropic : la condition tenant à l'urgence, obstacle insurmontable à l'obtention du référé-suspension », JCP A, 31 mars 2008, n°2075.

(18) TA Châlons-en-Champagne ord. 28 août 2008, CIBC c/ANPE, req. n°801856.

(19) TA Orléans ord. 28 mai 2008, Sté Compost Sud Essonne, req. n°0801420. Pourtant, dans cette espèce, l'entreprise avait subi une perte de chiffres d'affaires de 50% du fait du non-renouvellement des contrats.

l'entreprise de concourir à nouveau, mais sans qu'elle ne soit assurée de remporter le marché *in fine*. Un tel raisonnement aboutit inévitablement à une automaticité dans le refus de suspendre l'exécution des marchés publics par le juge.

Ce raisonnement procède en réalité d'une mise en balance entre le préjudice subi par l'entreprise évincée et l'intérêt à poursuivre l'exécution du marché par la personne publique, du fait même que le marché a nécessairement pour objet l'accomplissement d'une mission de service public⁽²⁰⁾. Mais les intérêts ainsi mis en balance n'ont pas la même importance aux yeux du juge, la continuité du service public étant de valeur supérieure à l'atteinte aux intérêts du requérant. D'ailleurs, la continuité du service public l'emportera dans le cas où le marché serait presque entièrement exécuté⁽²¹⁾. L'urgence s'efface ainsi devant l'intérêt général.

L'atteinte aux intérêts du requérant illégalement évincé de la procédure de passation d'un marché étant somme toute de moindre valeur aux yeux du juge administratif, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas toujours enclins à respecter la légalité et les grands principes de la commande publique. Les marchés illégaux n'étant que très rarement suspendus du fait des difficultés pour les requérants de démontrer une urgence à cette suspension, les pouvoirs adjudicateurs attendront tranquillement que la décision soit rendue au fond, espérant que le marché sera alors totalement exécuté. De fait, l'annulation d'un marché exécuté n'entraînera pour ainsi dire que des conséquences financières, moins gênantes qu'une remise en concurrence.

B) Vers un possible équilibrage de la balance des intérêts en présence

Dans une ordonnance récente, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon⁽²²⁾ a reconnu que le critère de l'urgence était caractérisé par le fait que :

« Le marché dont il s'agit, pour lequel [l'entreprise évincée] a été classée en deuxième position, aurait représenté environ 15 % de son chiffre d'affaires annuel. [...] Compte tenu du 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, la perte de ce marché établit l'existence d'une situation d'urgence au sens de l'article [L.521-1 du code de justice administrative]. »

Cette solution novatrice n'aurait peut-être pas survécu devant le juge de cassation. L'aggravation de la situation économique des entreprises, notamment dans le secteur en cause, n'avait, à notre connaissance, jamais permis jusque-là de faire pencher la balance en faveur d'une suspension de l'exécution d'un marché, quand bien même les manquements commis par le pouvoir adjudicateur étaient manifestes. Le juge préférera généralement la continuité du service public, quand bien même elle se ferait au mépris notamment des règles de transparence des procédures, d'égalité de traitement entre les candidats et de liberté d'accès à la commande publique.

Cette ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Dijon a l'avantage de rompre avec le rejet quasi systématique des demandes de suspension de l'exécution des marchés par les concurrents évincés. Elle ouvre peut-être la voie à une attitude plus nuancée de la part du juge administratif dans son contrôle des intérêts en présence. En tout cas, elle a le mérite de rendre compte que les demandes d'entreprises ayant échoué à l'attribution d'un marché peuvent être légitimes, surtout lorsque le pouvoir adjudicateur a gravement violé les règles auxquelles il était tenu à leur égard.

Peut-être permettra-t-elle une véritable interrogation quant à la place tenue par la condition de l'urgence dans le référé-suspension, notamment quand la violation des règles de passation d'un marché est particulièrement manifeste. Mais pour ce faire, une nouvelle modification devra intervenir qui consisterait soit à reconnaître que l'atteinte aux intérêts du requérant est constituée par son éviction manifestement illégale, soit à ce que les juges renoncent ici à la règle de l'économie des moyens. ■

(20) TA Châlons-en-Champagne, préc. — TA Nice 15 mars 2010, préc.

(21) *Ibid.*

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