

Apprécier l'urgence à suspendre une mesure d'exécution : ébauche d'un « mode d'emploi »

- Une mesure d'exécution d'un contrat administratif peut-elle être suspendue dans l'attente que le juge du fond statue sur sa légalité? La question peut paraître étonnante puisque le Conseil d'État y a déjà répondu, sauf à distinguer la règle de l'interprétation qui en est faite.

Auteur

Ghislain Foucault, avocat à la Cour, Cabinet Seban & Associés

Mots clés

Atteinte grave et immédiate • Référé suspension • Résiliation • Situation économique • Urgence •

En droit, la réponse est positive. Dans le célèbre arrêt Béziers II⁽¹⁾, le Conseil d'État, sans revenir sur le principe selon lequel l'illégalité d'une mesure d'exécution ne peut ouvrir droit qu'à indemnité, a néanmoins autorisé le juge administratif à annuler une telle mesure si sa « portée » le justifie. La Haute juridiction, dans la même décision, a également admis que cette mesure d'exécution puisse faire l'objet d'une demande tendant à sa suspension, en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative⁽²⁾. Une mesure d'exécution peut ainsi être suspendue si son annulation n'est pas devenue sans objet, que l'urgence le justifie et qu'il existe un doute sérieux sur sa légalité.

Dans les faits toutefois, la réponse doit être plus nuancée tant l'interprétation par le juge des référés de la condition de l'urgence est restrictive. Cela n'est pas réellement une surprise. Madame Cortot-Boucher, rapporteur public, sous l'affaire Béziers II, annonçait déjà que : « La suspension d'une mesure de résiliation ne sera [...] prononcée que si cette mesure est entachée d'une grave irrégularité, par exemple d'un détournement de pouvoir, et si elle met en péril la survie économique du cocontractant de l'administration. La suspension [...] ne permettra d'ordonner [en conséquence] la reprise des relations contractuelles que dans des cas relativement rares ».

Bertrand Dacosta, rapporteur public sous l'affaire Champagne-Ardenne, semble toutefois défendre une appréciation moins

(1) CE 21 mars 2011, Cne de Béziers, req. n° 304806 : BJC 2011, n° 76, p. 170, concl. Cortot-Boucher ; CP-ACCP, n° 110, mai 2011, p. 64 et s., note G. Le Châtelier.

(2) « Considérant, en premier lieu, qu'il incombe au juge des référés saisi, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de conclusions tendant à la suspension d'une mesure de résiliation, après avoir vérifié que l'exécution du contrat n'est pas devenue sans objet, de prendre en compte, pour apprécier la condition d'urgence, d'une part les atteintes graves et immédiates que la résiliation litigieuse est susceptible de porter à un intérêt public ou aux intérêts du requérant, notamment à la situation financière de ce dernier ou à l'exercice même de son activité, d'autre part l'intérêt général ou l'intérêt de tiers, notamment du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse, qui peut s'attacher à l'exécution immédiate de la mesure de résiliation » : CE 21 mars 2011, Cne de Béziers, op. cit.

restrictive de la condition de l'urgence, avec pour objectif d'éviter que l'arrêt Béziers II aboutisse à une régression des droits de certains cocontractants de l'administration, contrairement au but poursuivi par cette jurisprudence⁽³⁾.

Identifier les critères d'appréciation de l'urgence ainsi que les différentes interprétations auxquels ils peuvent donner lieu n'est donc pas une tâche inutile d'autant que le champ d'application de l'arrêt Béziers II pourrait être plus étendu qu'il n'y paraît. Aucun contrat administratif n'est en effet exclu du champ d'application de cette jurisprudence. Cette dernière a ainsi déjà été appliquée par le Conseil d'État à un contrat conclu entre deux communes et portant sur la répartition entre elle de la taxe professionnelle⁽⁴⁾ ; à une convention d'aménagement⁽⁵⁾ ; à un marché public⁽⁶⁾ et à une convention d'occupation du domaine public⁽⁷⁾. Certaines juridictions du fond l'ont également appliqué à des délégations de service public⁽⁸⁾ ou à une convention tripartite d'entretien de voirie⁽⁹⁾.

S'agissant des mesures d'exécution concernées, seules celles qui ont une « portée » significative sur l'exécution du contrat entrent dans le champ d'application de la jurisprudence Béziers II. Jusqu'à présent, le Conseil d'État, dans les arrêts susvisés, n'a ainsi fait application de cette jurisprudence qu'à des décisions de résiliation. Mais un auteur averti s'interroge sur l'éventuelle extension de cette jurisprudence à d'autres mesures d'exécution⁽¹⁰⁾. Certains tribunaux administratifs, ceux notamment de Besançon et de Lille, ont d'ailleurs analysé des délibérations portant modification des tarifs et des modalités de rémunération de délégataires de service public à l'aune de cette jurisprudence⁽¹¹⁾.

Quel est alors le « mode d'emploi », pour reprendre l'expression de Monsieur Dacosta⁽¹²⁾, permettant d'apprécier l'urgence à suspendre une mesure d'exécution ? Les grandes lignes ont été fixées par le Conseil d'État dans sa décision Région Champagne-Ardenne. Le juge administratif est invité à mettre en balance différents intérêts auxquels la mesure d'exécution est susceptible de porter des « atteintes graves et immédiates » : l'intérêt public ; les intérêts du requérant et l'intérêt de tiers.

Gilles Lechatelier observe que : « Il s'agit là de l'adaptation à ce contentieux spécifique des conditions de droit commun posées par la jurisprudence en matière de référé suspension qui invite déjà le juge des référés à procéder à un bilan des différents intérêts en présence pour apprécier l'urgence ».⁽¹³⁾ En somme :

« Il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ; qu'il lui appartient également, l'urgence s'appréciant objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, de faire apparaître dans sa décision tous les éléments qui, eu égard notamment à l'argumentation des parties, l'ont conduit à considérer que la suspension demandée revêtait un caractère d'urgence. »⁽¹⁴⁾

I. La prise en compte de l'intérêt du requérant

Pour apprécier l'urgence, le juge va examiner les atteintes que la mesure d'exécution porte à la « situation » du requérant. Cependant, l'urgence s'apprécie « compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce »⁽¹⁵⁾. D'autres éléments pourraient donc être pris en compte pour déterminer l'intérêt du requérant à demander la suspension de la mesure d'exécution, tel que son comportement par exemple.

A) Les atteintes portées à la situation du requérant

L'arrêt Béziers II invite le juge à apprécier les atteintes que la mesure d'exécution porte sur la situation du requérant d'abord sous l'angle économique, au regard « notamment [de] la situation financière de ce dernier ou à l'exercice même de son activité »⁽¹⁶⁾. Cet arrêt n'exclut pas cependant que d'autres chefs de préjudice puissent être invoqués par le requérant pour justifier l'urgence à suspendre la mesure d'exécution.

Toutefois, les atteintes portées à la situation du requérant doivent, en tout état de cause, revêtir des caractères particuliers ; elles doivent être « graves et immédiates », c'est-à-dire qu'elles doivent justifier que : « Sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue »⁽¹⁷⁾. Toute la question est de savoir à partir de quand une atteinte est suffisamment « grave » pour justifier la suspension d'une mesure d'exécution.

1 - Les atteintes portées à la situation économique du requérant

Pour Madame Cortot-Boucher les atteintes portées à la situation économique du cocontractant de l'administration ne justifient l'urgence à suspendre la mesure d'exécution que si elles mettent « en péril la survie économique du cocontractant de l'administration »⁽¹⁸⁾. Cela peut être le cas par exemple si le requérant a pour seule activité celle qui lui a été confiée par le contrat que l'administration entend résilier. La mesure de résiliation

(3) Concl. sous l'arrêt CE 9 mai 2012, Région Champagne Ardenne, req. n° 356209. Dans ses conclusions, Monsieur Dacosta indique en ce sens que : « Précisons que, par une décision du 23 mai 2011, Etablissement public pour l'aménagement de la région parisienne de la Défense (à mentionner aux tables), vous avez jugé que la jurisprudence « Béziers II » était bien applicable à ces contrats. Il serait donc fâcheux que cette application du nouveau régime conduise à une régression des droits dont disposaient antérieurement les occupants conventionnels du domaine public. » Avant l'arrêt Béziers II, le juge administratif pouvait en effet déjà annuler, par dérogation au principe fixé par le Conseil d'État, les décisions de résiliation de certains contrats, dont les conventions d'occupation du domaine public.

(4) CE 21 mars 2011, Cne de Béziers, op. cit.

(5) CE 23 mai 2011, Sté d'aménagement d'Isola 2000, req. n° 323468.

(6) CE 9 mai 2012, Région Champagne-Ardenne, req. n° 356209.

(7) CE 23 mai 2011, EPAD, req. n° 328525 — CE 11 octobre 2012, Sté Orange France, n° 351440.

(8) TA Besançon 13 janvier 2013, SCA Veolia Eau, req. n° 1100739 et 1101749 et TA Lille 20 février 2013, Sté Eaux du Nord, req. n° 1005463, 1005465, 1005466, 1007802.

(9) TA Pau ord., 16 janvier 2012, Sté ESBTP Rocca, req. n° 1102657.

(10) G. Le Chatelier, « Arrêt Commune de Béziers II : le Conseil d'État rénove les contentieux contractuels », CP-ACCP, n° 110, mai 2011, p. 64.

(11) TA Besançon 13 janvier 2013, SCA Veolia Eau, op. cit. — TA Lille 20 février 2013, Sté Eaux du Nord, op. cit. Il est vrai cependant que le TA de Besançon a justifié sa démarche par le fait que « ces délibérations portent atteinte au maintien de l'équilibre financier du contrat et que, de ce fait, elles doivent être regardées comme entraînant la résiliation dudit contrat ».

(12) Concl. Dacosta sous l'arrêt : CE 9 mai 2012, Région Champagne-Ardenne, op. cit.

(13) G. Le Chatelier, « Arrêt Commune de Béziers II : le Conseil d'État rénove les contentieux contractuels », op. cit.

(14) CE 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, req. n° 229562, 229563 et 229721.

(15) CE 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, op. cit.

(16) CE 21 mars 2011, Cne de Béziers, op. cit.

(17) CE 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, op. cit.

(18) Concl. sous CE 21 mars 2011, Cne de Béziers, op. cit.

compromet dès lors « l'existence même » de la société⁽¹⁹⁾. Le risque de cette interprétation, identifié par Bertrand Dacosta⁽²⁰⁾, est cependant qu'elle conduise le juge à apprécier l'urgence différemment selon la taille et les capacités financières du requérant. Il n'y aurait ainsi pas d'urgence à suspendre une mesure d'exécution si le cocontractant de l'administration a les « reins solides ». Cela conduirait donc à n'ouvrir la voie du référé suspension qu'aux petites et moyennes entreprises.

Pour les entreprises plus importantes, non seulement la voie du référé suspension leur serait fermée mais cela emporterait également des conséquences sur la décision rendue par le juge du fond, tout au moins lorsque la mesure d'exécution contestée est une décision de résiliation. Il semble peu probable en effet dans ce cas que le juge du fond prononce la reprise des relations contractuelles, à défaut pour le juge des référés d'avoir suspendu la décision de résiliation, compte du délai écoulé entre le moment où cette décision aura été prise et le moment où la décision du juge du fond interviendra.

C'est pour ces raisons que Bertrand Dacosta propose de considérer que l'urgence à suspendre une mesure d'exécution est caractérisée dès lors qu'elle porte « aux intérêts du cocontractant des atteintes excédant les aléas habituels de la vie des affaires », sans pour autant qu'elle mette « en péril sa survie économique ».

La seule indication apportée le Conseil d'État sur la « gravité » des atteintes à la situation économique du requérant résulte de l'arrêt Région Champagne-Ardenne, rendu conformément aux conclusions de Bertrand Dacosta. Le Conseil d'État y indique qu'une perte qui « représente moins de 3% du dernier chiffre d'affaires connu de la société requérante », et qui a « au surplus vocation à être répartie sur deux exercices au moins » n'est pas de nature à justifier l'urgence à suspendre une décision de résiliation. Cet arrêt ne permet donc pas de trancher le débat puisque la perte invoquée dans cette affaire ne mettait pas « en péril la survie économique de l'entreprise » et qu'il pouvait être considéré, à l'instar de Bertrand Dacosta, qu'elle n'excédait pas non plus « les aléas habituels de la vie des affaires ». Pas plus que l'arrêt du tribunal administratif de Pau qui a refusé de suspendre la décision de résiliation d'un marché au motif que les incidences de cette mesure n'affectaient pas de « manière substantielle » la vie de la société requérante⁽²¹⁾. On sait en effet que le terme substantiel peut prêter lui-même à de longues discussions. Une précision apportée par le Conseil d'État, dans l'arrêt Champagne-Ardenne, à propos d'un autre chef de préjudice pourrait cependant donner des premiers éléments de réponse.

2 - Les autres chefs de préjudice

Des chefs de préjudice, autres que les atteintes portées à sa situation économique, peuvent être invoqués par la société requérante pour justifier de l'urgence à suspendre une mesure d'exécution. Dans l'arrêt Région Champagne-Ardenne, la société requérante prétendait ainsi que la mesure de résiliation contestée portait atteinte à sa réputation professionnelle et qu'elle lui imposait de reclasser les personnels en charge du marché, ce qui induisait des répercussions sur l'organisation de l'entreprise.

Or, le Conseil d'État a accepté d'apprécier ces deux éléments même s'il les a ensuite écartés. Concernant l'atteinte à la réputation professionnelle, la Haute juridiction écarte ce moyen au motif qu'il n'est pas suffisamment étayé. Dans les conclusions sous cet arrêt, Bertrand Dacosta indique toutefois que l'atteinte à la réputation professionnelle pourrait, dans certains cas, justifier la suspension d'une mesure d'exécution notamment lorsqu'il s'agit d'une décision de résiliation et que la personne publique l'a prononcée pour faute. Cependant, cela n'était pas le cas dans cette affaire car la résiliation avait été prononcée conformément à une clause du marché qui permettait à la personne publique de mettre fin au contrat, aux termes de différentes phases. Concernant les charges induites par la réaffectation du personnel chargé de l'exécution du marché, cet argument n'est pas évoqué dans les conclusions de Bertrand Dacosta. Il est écarté par le Conseil d'État au motif que la société « est confrontée à des impératifs normaux de reclassement des personnels en charge de l'exécution du marché résilié ». L'emploi de l'adjectif « normal » est intéressant. On pourrait en effet en déduire *a contrario* que si la mesure de résiliation avait conduit l'entreprise à procéder à une réorganisation de ses services excédant les « aléas habituels de la vie des affaires », cet argument aurait pu constituer une atteinte « grave et immédiate » à sa situation justifiant que la mesure de résiliation soit suspendue.

Le motif pour lequel ce chef de préjudice a été écarté pourrait donc laisser entendre que le Conseil d'État n'a pas été insensible à l'argumentation de son rapporteur public. Il faut cependant admettre que ce raisonnement *a contrario* n'est pas suffisant pour trancher définitivement la question.

B) Le comportement du requérant

Le juge des référés devant prendre en compte « l'ensemble des circonstances de chaque espèce »⁽²²⁾, il n'est pas exclu qu'il apprécie le comportement de la société requérante, notamment s'il est fautif, pour apprécier de l'urgence à suspendre une mesure d'exécution.

Il est cependant plus vraisemblable que cet élément sera la plupart du temps pris en compte dans un second temps, lorsque le juge aura à apprécier si la mesure d'exécution présente un « doute sérieux » quant à sa légalité, l'éventuelle faute de la société requérante étant alors de nature à justifier la régularité de cette mesure. Cela ne signifie pas pour autant que le juge, au stade de l'appréciation de l'urgence, restera totalement indifférent au comportement de la société requérante. Son comportement pourrait ainsi être pris en considération si elle tarde à introduire un référé suspension. En ce sens, Madame Cortot-Boucher précise que le requérant « devra saisir le juge des référés rapidement afin de démontrer l'urgence de sa situation »⁽²³⁾.

II. La prise en compte des autres intérêts en présence

D'autres intérêts doivent également être pris en compte pour apprécier l'urgence à suspendre une mesure d'exécution : l'intérêt public et celui des tiers.

(19) CE 9 juillet 2003, Sté Midi Fruit, req. n° 255980.

(20) Concl. Dacosta sous l'arrêt CE 9 mai 2012, Région Champagne-Ardenne, op. cit.

(21) TA Pau ord., 16 janvier 2012, Sté ESBTP Rocca, op. cit.

(22) CE 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, op. cit.

(23) Concl. sous CE 21 mars 2011, Cne de Béziers, op. cit.

A) L'intérêt public

Dans l'arrêt Béziers II, l'intérêt public est cité comme le premier élément à prendre en compte pour apprécier l'urgence. On peut penser, en réalité, que ce sont d'abord les conséquences de la mesure d'exécution sur la situation du requérant qui vont être examinées par le juge. Si ces conséquences sont suffisamment « graves », le juge examinera ensuite si un « intérêt public » est de nature ou non à les justifier. Mais, son examen, à l'instar de ce qui a été indiqué pour le caractère fautif ou non du comportement de la société requérante, devrait alors intervenir dans un second temps, au stade de l'appréciation du « doute sérieux » entachant ou non la légalité de la mesure d'exécution. L'intérêt public ne devrait être pris en compte au stade de l'appréciation de l'urgence que dans des cas particuliers.

Cela pourrait être le cas si l'administration prétend que l'incapacité de son cocontractant à assurer la mission qui lui a été confié s'oppose à la suspension de la résiliation du contrat. Paradoxalement, dans cette hypothèse, chaque partie se prévaudra de l'urgence. L'administration prétendra qu'il est urgent de mettre en œuvre sa mesure d'exécution et la société requérante qu'il est urgent de la suspendre. L'intérêt public pourrait également être pris en compte par le juge, au stade de l'appréciation de l'urgence, si cet intérêt public se confond avec l'intérêt du requérant. Par exemple, si une collectivité locale résilie une convention d'occupation du domaine public nécessaire à la société requérante pour assurer une mission d'intérêt général qui lui a été confiée par l'État⁽²⁴⁾ ou si la mesure d'exécution contrevient à une décision de justice⁽²⁵⁾. On sait cependant que toute violation à une règle de droit n'est pas susceptible d'être jugé suffisamment « grave » pour caractériser l'urgence⁽²⁶⁾.

B) L'intérêt des tiers

L'intérêt des tiers doit aussi être pris en compte pour apprécier l'urgence et « notamment [l'intérêt] du titulaire du nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse ». Hormis l'hypothèse d'une décision de résiliation, les cas dans lesquels l'intérêt des tiers devrait

(24) En ce sens, dans un domaine voisin, concernant la suspension d'une décision d'opposition à une déclaration préalable de travaux de construction d'une antenne de téléphonie mobile qui faisait obstacle aux engagements pris par la société Orange France vis-à-vis de l'État : CE 2 mars 2012, Sté Orange France, req. n° 352013.

(25) En ce sens CE 6 mars 2009, Biomérieux, req. n° 324064 — CE 3 février 2010, Cté de communes de l'Arc Mosellan, req. n° 330237.

(26) Voir en ce sens, la jurisprudence citée par E. Wurtzbacher et Y. Daumin pour les référés suspension introduits dans le cadre du recours « Tropic » : « Le référé suspension : un renouveau conceptuel limité par les exigences de l'urgence », CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 33.

être pris en considération devraient toutefois être relativement rares (à supposer bien sûr que la jurisprudence confirme que le champ d'application de l'arrêt Béziers II s'étend à d'autres mesures d'exécution que les décisions de résiliation).

Cependant, dans cette hypothèse, si un contrat a été conclu avec un nouveau titulaire, est-ce l'intérêt de ce dernier ou celui de l'ancien titulaire qui doit prévaloir ? On peut penser que le juge des référés anticipera dans ce cas sur la décision du juge du fond qui, au vu de la jurisprudence déjà rendue en la matière, considère que « nonobstant la gravité des vices entachant la décision de résiliation du marché, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles »⁽²⁷⁾. En somme, la demande de suspension de la mesure d'exécution devrait alors être sans objet, la société requérante ne pouvant prétendre qu'à l'obtention de dommages et intérêts. Dans ce cas, la personne publique risque toutefois de devoir exposer deux fois le coût nécessaire à l'exécution du contrat résilié puisqu'elle devra indemniser l'ancien titulaire et payer le nouveau.

Conclusion

Les modalités d'appréciation de l'urgence à suspendre une mesure d'exécution ne sont pas encore totalement fixées même si le Conseil d'État en a établi les grandes lignes. Il ressort ainsi des arrêts du Conseil d'État que l'urgence s'apprécie au regard des atteintes qu'elle porte aux différents intérêts en présence. La question est de déterminer comment apprécier la « gravité » des atteintes portées à ces intérêts et qui sont susceptibles de justifier la suspension d'une mesure d'exécution. Concernant l'intérêt de la société requérante les atteintes portées à sa situation économique ne sont pas les seuls qui doivent être pris en considération, même s'ils auront tendance à prévaloir.

Au vu de la jurisprudence rendue à propos des référés suspension dans le cadre d'autres contentieux contractuels, on pourrait naturellement penser que le juge interprétera strictement la condition de l'urgence à suspendre une mesure d'exécution. Reste qu'à défaut d'avoir été clairement tranchée par le juge, cette question fait encore débat. Si une collectivité territoriale souhaite résilier unilatéralement l'un de ses marchés ou l'une des délégations de service public, elle a donc intérêt à pouvoir justifier, en cas de besoin, du bien fondé des motifs de cette résiliation de manière à ce que, à supposer que l'urgence soit constituée, aucun doute sérieux ne soit susceptible d'entacher sa décision. ■

(27) CAA Douai 23 décembre 2011, Sté GDF Suez Energie Services, req. n° 10DA000763.