

## 2090 Les derniers soubresauts de la jurisprudence Biomérieux ?

Le Conseil d'État considère que la condition d'urgence du référé suspension n'est pas remplie lorsque le pouvoir adjudicateur a signé son contrat avant l'ordonnance définitive du juge des référés précontractuels mais après expiration du délai de vingt jours de la signature.

CE, 3 févr. 2010, n° 330237, Cnauté cnes Arc Mosellan : JurisData n° 2010-000286

Sera publié aux tables du Lebon

(...)

● Considérant au surplus que si l'article L. 551-1 du Code de justice administrative prévoit que le juge du référé précontractuel peut, dès qu'il est saisi, enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours, le pouvoir adjudicateur peut légalement signer le contrat après l'expiration du délai fixé par le juge ; qu'en jugeant que la signature du contrat le 19 juin 2009 avait porté une atteinte grave et immédiate à un intérêt public du simple fait qu'elle était intervenue avant la décision du juge du référé précontractuel, alors que le délai de vingt jours fixé en application de l'article L. 551-1 par son ordonnance du 29 mai 2009 était expiré à la date de cette signature, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a commis une erreur de droit ;

● Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la communauté de communes de l'Arc Mosellan est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

● Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de statuer sur la demande de suspension en application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative ;

● Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ;

● Considérant que l'urgence justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celle-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté 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 ; que l'urgence doit être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire ;

● Considérant que pour établir l'existence d'une situation d'urgence, les sociétés SAS Barisien et Valest soutiennent que l'exécution du marché porte atteinte au caractère exécutoire de l'ordonnance du juge du référé précontractuel du 22 juin 2009 et qu'elle porte atteinte à l'intérêt public qui s'attache à la préservation de l'environnement, du fait des incertitudes pesant sur le traitement des lixiviats ;

● Considérant, d'une part, que la méconnaissance du caractère exécutoire d'une ordonnance du juge du référé précontractuel enjoignant de suspendre la signature d'un contrat créée en principe une situation d'urgence en raison de l'atteinte grave et immédiate qu'elle porte à un intérêt public ; que toutefois, ainsi qu'il a été dit, la communauté de communes de l'Arc Mosellan n'a conclu le marché litigieux qu'après l'expiration du terme de la suspension de sa signature fixé par le juge et n'a ainsi pas méconnu l'ordonnance du 22 juin 2009 ; que, d'autre part, les sociétés requérantes n'apportent à l'appui de

leur allégation selon laquelle existerait un risque d'atteinte à l'environnement aucun élément permettant d'en apprécier le bien fondé ;

● Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions aux fins de suspension présentées par les sociétés SAS Barisien et Valest doivent être rejetées ; (...)

### NOTE

La fin d'année 2009 a été marquée par une profonde modification des règles régissant le contentieux de la commande publique (certains y voient d'ailleurs l'avènement d'un droit commun de la commande publique : *J.-D. Dreyfus, L'émergence d'un droit commun de la commande publique en matière de procédures de recours* : ADJA 2010, p. 148). Avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (*Ord. n° 2009-515, 7 mai 2009* relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique : *JCPA 2009, 2144, comm. F. Linditch*) et de son décret d'application du 27 novembre 2009 (*D. n° 2009-1456, 27 nov. 2009* relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique : *JCPA 2009, 2298, comm. F. Linditch*), la France franchissait enfin l'étape décisive dans le lourd chantier de transposition de la Directive recours (*Dir. 2007/66/CE* dite « directive recours »).

Pourtant, la législation antérieure se rappelle encore aux bons souvenirs du juge administratif dans l'arrêt du Conseil d'État objet du présent commentaire. Cet arrêt nous ramène quelques semaines en arrière mais, paradoxalement, éclaire d'une vive lumière l'avenir immédiat.

À l'époque, le juge des référés précontractuels, saisi avant la conclusion du contrat, pouvait enjoindre au pouvoir adjudicateur, par ordonnance, « de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure » et ce « pour une durée maximum de vingt jours » (*CJA, art. L. 551-1*, dans sa rédaction antérieure au 1<sup>er</sup> décembre 2009).

Le requérant subissait néanmoins un risque non quantifiable que le pouvoir adjudicateur ne se conforme pas à cette ordonnance de suspension et signe tout de même le contrat ; une telle signature ayant pour effet implacable de dessaisir automatiquement le juge des référés de son office (*CE, 3 nov. 1995, n° 157304, CCI Tarbes et Hautes Pyrénées* : *Rec. CE 1995, p. 394*. – *CE, 17 janv. 1996, n° 162201, SA Atelier Mériquet-Carrère*. – *CE, 7 mars 2005, n° 270778, Sté Grandjouan-Saco*).

Pour contourner un tel manque de *fairplay* du pouvoir adjudicateur, les requérants ont trouvé un efficace succédané depuis l'avènement de la jurisprudence *Tropic* (*CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic Travaux Signalisation*) : saisir le juge du contrat d'un recours au fond et l'assortir d'un référé suspension soumis aux conditions classiques de l'article L 521-1 du Code de justice administrative (l'urgence et le doute sérieux quant à la légalité de l'acte).

Or, dans le cadre de ce référé suspension, si la condition d'urgence en vue d'une suspension est généralement appréciée très restrictivement en matière contractuelle (par ex : *TA Besançon, 12 févr. 2008,*

n° 800115, *Sté CBS : JCP A 2008, p. 2075, comm. F. Linditch*) elle est pourtant regardée comme automatiquement remplie lorsque le pouvoir adjudicateur signe un contrat en méconnaissance de l'ordonnance du juge des référés lui enjoignant de suspendre ladite signature pendant un certain délai (*CE, 29 mars 2009, n° 324064, Sté Biomérieux : JurisData n° 2009-075039*). Cette solution pragmatique répond évidemment à la nécessité de garantir tant l'effet utile des dispositions du Code de justice administrative que le droit à un recours effectif des candidats évincés (*V. CEDH art. 6.1*).

Dans une même hypothèse, la condition du doute sérieux quant à la légalité de l'acte ne pose pas de difficulté particulière. Le juge administratif reconnaît en effet que le fait pour le pouvoir adjudicateur d'avoir conclu un marché alors que le juge des référés précontractuels lui avait enjoint d'en différer la signature est un motif d'illégalité justifiant l'annulation d'un marché, dans le cadre d'un recours « Tropic » au fond (*Fr. Llorens, Recours « Tropic » : annulation d'un marché pour méconnaissance d'une ordonnance du juge des référés précontractuels enjoignant de différer sa signature : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 44 – à propos d'un jugement du TA Lyon, 24 sept. 2009, n° 09-03368, Sté Aquadream*).

Au cas d'espèce, la Haute juridiction administrative a refusé d'étendre cette jurisprudence *Biomérieux* à l'hypothèse dans laquelle le pouvoir adjudicateur a signé son contrat avant que l'ordonnance du juge des référés ne soit rendue mais après expiration du délai de vingt jours. En effet, dans ce cas de figure, le pouvoir adjudicateur avait recouvré sa faculté de signer régulièrement le contrat litigieux.

Dans cette affaire, la communauté de communes de l'Arc Mosellan avait lancé une procédure d'appel d'offres pour l'attribution d'un marché relatif à l'exploitation d'un centre de stockage de déchets non dangereux. Saisi par des candidats évincés d'une action en référé précontractuel, le juge des référés de tribunal administratif de Strasbourg a, par une ordonnance rendue le 29 mai 2009, enjoint à la communauté de communes de différer la signature du marché pour une durée de vingt jours. La communauté de communes a, dès le 19 juin, signé son marché, dessaisissant, en principe, le juge des référés. Toutefois, n'ayant pas eu connaissance de la signature du marché, celui-ci a fait droit à la demande des requérantes et annulé, le 22 juin 2009, la procédure de passation du marché litigieux. Pour une raison qui apparaît encore obscure, les sociétés requérantes ont également décidé de saisir le juge administratif d'un recours « Tropic » doublé d'un référé suspension. Une nouvelle fois, le juge des référés a fait droit à cette demande. C'est cette dernière ordonnance que la communauté de communes a choisie de déférer au Conseil d'État. Les juges du Palais Royal ont logiquement fait droit à la demande de la personne publique dans la mesure où, notamment, l'ordonnance du juge des référés est entachée d'une erreur de droit au motif que la signature du contrat intervenue le 19 juin 2009, soit après extinction du délai de vingt jours fixé en application de l'article L. 551-1 par l'ordonnance du 29 mai 2009, n'avait pas porté une atteinte grave et immédiate à un intérêt public du simple fait qu'elle était intervenue avant la décision du juge du référé précontractuel.

En réalité, cette solution est somme toute logique : il n'y pas lieu de sanctionner le pouvoir adjudicateur qui, en signant son contrat, ne viole ni disposition textuelle ni décision de justice mais profite, certes malignement, de la surcharge des juridictions administratives mais aussi d'une certaine incurie du juge des référés au cas d'espèce.

En revanche, cette situation est particulièrement inconfortable pour le requérant qui, outre le dessaisissement du juge des référés précontractuels, subit donc une jurisprudence inflexible du Conseil d'État en matière d'urgence en référé suspension « Tropic ». Ce d'autant plus qu'au regard de la jurisprudence abondante existante en la matière, il est bien peu probable que d'autres motifs puissent être utilement invoqués afin de caractériser l'urgence.

Un tel cas d'espèce ne devrait cependant plus pouvoir se présenter à l'avenir. En effet, la nouvelle rédaction des articles L. 551-4 et R. 551-5 du Code de justice administrative et l'apparition du nouveau référé contractuel modifient très sensiblement la donne.

Si le juge des référés précontractuels doit toujours statuer dans un délai de vingt jours (*CJA, art. R. 551-5*), ce délai est aujourd'hui complètement décorrélé de celui de suspension de la signature du contrat. Ainsi, le délai de vingt jours n'est désormais qu'indicatif. Pour signer son contrat, le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement patienter jusqu'à ce que l'ordonnance finale du juge des référés lui soit notifiée (*CJA, art. L. 551-4*), ce qui est nouveau. Si le pouvoir adjudicateur anticipe malgré tout la signature, celui-ci ne viole plus une ordonnance du juge des référés lui enjoignant de différer cette dernière mais une disposition législative. À tout bien considérer, il n'existe donc plus aucune hypothèse dans laquelle la personne publique pourrait, tout en respectant la législation en vigueur, signer son contrat avant que le juge des référés précontractuels n'ait statué sur la légalité de la procédure de passation.

Au surplus, même si le pouvoir adjudicateur viole son obligation de ne pas signer le contrat – que ce soit avant ou après le délai de vingt jours d'ailleurs – le requérant ne sera plus démuné grâce au nouveau référé contractuel. Certes le juge des référés contractuels ne peut être régulièrement saisi lorsque le juge des référés précontractuels l'a préalablement été. Mais cette règle ne s'applique pas lorsque, notamment, la suspension de la signature, jusqu'à l'ordonnance du juge des référés précontractuels, n'aura pas été respectée (*CJA, art. 551-14*).

Dès lors, le requérant confronté à des faits similaires à ceux de l'arrêt *Société Biomérieux* ou de l'arrêt ici commenté ne se placerait vraisemblablement plus dans le cadre de la jurisprudence *Tropic* mais formerait plus certainement un référé contractuel, bien plus efficace et rapide. Ces deux décisions rendues par le Conseil d'État perdent ainsi irrémédiablement de leur intérêt pratique.

Une question demeure toutefois : dans l'hypothèse où le requérant déciderait de privilégier un recours « Tropic » assorti d'un référé suspension, en application de la jurisprudence *Société Biomérieux*, la condition d'urgence serait-elle encore automatiquement remplie alors même que le référé contractuel serait possible ? Le pragmatisme dont a fait preuve le juge des référés suspension dans l'affaire *Biomérieux* pourrait, cette fois, se retourner contre le requérant. Dans la mesure où le requérant est aujourd'hui expressément invité à saisir le juge des référés contractuels dans l'hypothèse où la personne publique a manqué à son obligation de différer la signature de son contrat jusqu'à la décision du juge des référés précontractuels, il serait douteux que le juge administratif continue à faire preuve de mansuétude à l'égard du requérant évincé qui choisirait d'ignorer cette invitation et de porter son affaire sur le terrain du recours « Tropic ».

Au cas contraire, une réelle alternative s'offrirait effectivement au requérant, confirmant l'interprétation d'une partie de la doctrine selon laquelle référé contractuel et recours « Tropic » sont deux voies de recours parallèles (*V. par ex : F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive « Recours » ? : Contrats-Marchés publ., juin 2009, repère 6*).

S'il est loisible de partager cet avis doctrinal quant à la coexistence du référé contractuel et du recours « Tropic » qui se recoupent mais ne se confondent pas, il est en revanche fort peu probable que, dans les circonstances de l'affaire *Biomérieux* et de l'arrêt ici commenté, le juge y voie des voies recours totalement interchangeables.

Olivier METZGER,  
avocat cabinet Seban & associés  
Kevin PICAVEZ,  
avocat cabinet Landot & associés

MOTS-CLÉS : Contrats / Marchés publics - Référé-suspension