

Le référé liberté a-t-il une utilité en matière contractuelle ?

- Dans le cadre du contentieux contractuel, le référé liberté n'est pas dépourvu d'intérêt, bien au contraire. Il permet de sanctionner les atteintes à certaines libertés fondamentales portées lors de la passation ou l'exécution des contrats passés avec l'administration.
- Cependant, comparé aux autres recours dont disposent les requérants, il apparaît que le référé liberté n'est pas l'outil le mieux adapté. Sa mise en œuvre se révèle en effet relativement contraignante.

Auteur

Samuel Couvreur, avocat SCP Seban & Associés

Références

Code de justice administrative, art. L. 521-1, L. 521-2, L. 551-1 et s., L. 551-13 et s., R. 222-5

Mots clés

Liberté fondamentale • Référé précontractuel • Référé suspension • Urgence •

La question de l'utilité du référé liberté en matière contractuelle mérite d'être posée tant la panoplie des moyens juridiques dont dispose un requérant pour contester la conclusion ou le terme d'un contrat s'est étoffée ces dernières années et tant les libertés fondamentales étaient, jusqu'à il y a peu, étrangères au contentieux contractuel. Créée par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, la procédure du référé liberté a été en effet trop souvent perçue comme un moyen de sanctionner seulement les actes administratifs unilatéraux. Les dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative visent pourtant plus largement les atteintes à une liberté fondamentale portées par une personne publique ou une personne privée chargée de la gestion d'un service public « dans l'exercice de ses pouvoirs », dont naturellement celui de conclure ou de mettre fin à un contrat.

Pour autant, le développement de moyens juridiques spécifiques à certains contrats (tels que les référés précontractuels et contractuels) peut légitimement faire douter de la pertinence du référé liberté s'agissant plus particulièrement des contrats de la commande publique, qui représentent l'essentiel, avec les contrats de recrutement des agents et d'occupation du domaine, des contrats passés par les personnes publiques. Mais la particularité de la procédure de référé liberté et la diversité de nature des contrats passés par l'administration nous invitent à analyser plus précisément les cas dans lesquels le référé liberté peut présenter une véritable utilité. La question sous-jacente est également celle de l'identification des libertés fondamentales susceptibles d'être invoquées en matière contractuelle. En définitive, si le référé liberté peut effectivement présenter une utilité en matière contractuelle (I), il s'efface souvent, en raison de ses spécificités, devant d'autres outils juridiques qui semblent bien plus adaptés en la matière (II).

I. Le référé liberté comme garantie des libertés fondamentales en matière contractuelle

Indéniablement, le référé liberté constitue un rempart contre les dérives que l'action administrative peut engendrer, y compris

en matière contractuelle en particulier au regard des pouvoirs exorbitants dont l'administration dispose dans le cadre des contrats administratifs⁽¹⁾. À ce titre, le référé liberté représente parfois un moyen redoutable pour un requérant de faire valoir ses droits dans le cadre d'un contrat⁽²⁾.

A) Les pouvoirs étendus du juge à l'encontre du contrat

Le référé liberté confère au juge administratif des pouvoirs importants. Selon les termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, «le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale» et doit se prononcer «dans un délai de quarante-huit heures». Le Conseil d'Etat a toutefois très vite précisé que le juge du référé liberté «ne saurait, sans méconnaître l'article L. 511-1 [du code de justice administrative] et excéder sa compétence, prononcer l'annulation d'une décision administrative»⁽³⁾. Si le référé liberté constitue un recours au fond autonome⁽⁴⁾, le juge du référé liberté n'est donc pas, pour autant, un juge de l'excès de pouvoir⁽⁵⁾.

En matière contractuelle, le juge du référé liberté ne peut donc pas prononcer l'annulation d'un contrat ou de sa procédure de passation, mais il a plus sûrement le pouvoir d'en ordonner la suspension provisoire et peut enjoindre l'administration de prendre toute décision relative à l'exécution du contrat qui permettrait de faire cesser l'atteinte. La célérité de la procédure et les pouvoirs importants du juge sont autant d'atouts pour un cocontractant qui estimerait que l'administration a porté atteinte à une liberté fondamentale dans le cadre de la passation ou de l'exécution de son contrat.

B) Les libertés fondamentales dont un requérant peut se prévaloir en matière contractuelle

Le référé liberté permet de sanctionner les atteintes portées aux libertés fondamentales dont la consistance est constamment enrichie par la construction prétorienne, permettant ainsi au requérant de disposer de moyens, en principe assez larges, et surtout évolutifs, pour fonder son action : liberté d'entreprendre (dont découle la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté contractuelle)⁽⁶⁾, liberté de culte⁽⁷⁾, liberté de réunion⁽⁸⁾, liberté d'opinion⁽⁹⁾, continuité du service public⁽¹⁰⁾ (qui n'était pas considérée auparavant comme mettant en jeu une liberté fondamentale)⁽¹¹⁾. L'égalité devant les charges publiques ou encore la liberté de la concurrence nous semblent pouvoir également fonder une telle action. Par ailleurs, un requérant peut même désormais se prévaloir d'une atteinte constitutive d'une voie de fait dans le cadre d'un référé liberté, ce qui n'était

pas reconnu par le juge administratif en vertu du principe de l'exclusivité de compétence reconnue au juge judiciaire en la matière⁽¹²⁾.

Les libertés et droits fondamentaux susceptibles d'être invoqués sont assurément plus nombreux et en tout état de cause, hétérogènes, contrairement aux moyens qu'il est possible d'invoquer dans le cadre des référés précontractuels ou contractuels, par exemple. En outre, le référé liberté permet de sanctionner – et c'est en matière contractuelle un moyen d'action remarquable – les atteintes portées lors de la conclusion du contrat comme lors de son exécution (mesures de résiliation ou de modification unilatérale). Son champ d'application est très large, si tant est qu'une liberté fondamentale soit en cause.

C) Référé liberté et contrat privé

Enfin, il serait possible, selon nous, de considérer que le référé liberté n'est pas restreint aux seuls contrats administratifs, dès lors que «dans l'exercice de ses pouvoirs», une personne publique peut aussi conclure des contrats relevant du droit privé. L'extension de la compétence administrative pour une atteinte caractérisant une voie de fait et relevant en principe exclusivement de la compétence judiciaire permet raisonnablement de s'interroger. Tous les contrats conclus par des personnes publiques seraient alors ici concernés, sans qu'il ne soit besoin pour le requérant d'opérer une qualification parfois difficile. La protection des libertés n'en serait que renforcée, car simplifiée. Mais cette position prête toutefois volontiers à discussion et ne semble pas être celle pour l'instant retenue par les juridictions judiciaires⁽¹³⁾ qui considèrent, selon l'adage «la compétence suit le fond», qu'elles demeurent compétentes lorsque le fond du litige se rattache à une de leurs compétences. Tel est le cas des litiges se rapportant à un contrat privé.

D) Une protection efficace des libertés fondamentales

Un cas récent traduit bien le fait que le référé liberté présente une utilité en matière contractuelle et démontre son efficacité. Par un arrêt du 26 février 2010⁽¹⁴⁾, le Conseil d'Etat a enjoint à la commune d'Orvault de respecter le contrat de location de la salle municipale qu'elle avait signé avec «l'artiste» Dieudonné. Le maire avait en effet finalement refusé d'appliquer le contrat, au motif que le spectacle était «susceptible de donner lieu à des troubles» et que ses pouvoirs de gestionnaire du domaine lui permettaient de revenir sur l'accord des volontés.

Le Conseil d'Etat censure la décision du maire et rappelle la nécessité de conciliation des pouvoirs de police avec l'exercice des libertés fondamentales «au nombre desquelles figure la liberté d'expression». Du reste, il n'était nullement démontré en l'espèce que le spectacle aurait présenté un risque d'atteinte à l'ordre public ou se serait heurté à des dispositions pénales et, quand bien même, qu'aucune mesure appropriée n'aurait permis d'y remédier. L'introduction d'un référé liberté à l'encontre de la décision de résiliation du maire a ainsi permis de faire prévaloir la liberté d'expression à laquelle il était gravement et manifestement porté atteinte. On retiendra, au demeurant,

(1) On pense bien sûr aux pouvoirs de contrôle, de modification unilatérale, ou encore de résiliation des contrats administratifs.

(2) À cet égard, on notera qu'en application de l'article R. 522-5 du code de justice administrative, une telle procédure est dispensée du ministère d'avocat.

(3) CE 24 janvier 2001, Université Paris VIII, req. n° 229501.

(4) Contrairement au référé suspension qui doit nécessairement être accompagné d'un recours au fond contre la décision attaquée.

(5) Voir sur ce point les développements d'Olivier Gohin, «Le recours pour excès de pouvoir et les référés», JCP A n° 38, septembre 2012, p. 2314.

(6) CE 12 novembre 2001, Cne de Montreuil Bellay, req. n° 239840.

(7) CE 16 février 2004, Ahmed B, req. n° 264314.

(8) CE 30 mars 2007, Ville de Lyon, req. n° 304053.

(9) CE 28 février 2001, Casanovas, req. n° 229163.

(10) CE 10 février 2012, Comité d'entreprise de RFI, req. n° 356383.

(11) CE 31 janvier 2001, Cne de Saint-Laurent du Pont, req. n° 229644.

(12) CE 23 janvier 2013, Cne de Chirongui, req. n° 365262.

(13) TC 12 décembre 2011, ministre de l'Intérieur, n° 3837 ; Cass. 1^{re} civ., 10 janvier 1990, pourvoi n° 88-12.904.

(14) CE 26 février 2010, Cne d'Orvault, req. n° 336837.

que c'est régulièrement à l'occasion d'affaires « sensibles » et symboliques (voir en ce sens notamment les affaires relatives à des contrats d'occupation du domaine par les Témoins de Jéhovah⁽¹⁵⁾ ou le Front national⁽¹⁶⁾) que le référé liberté trouve pleinement sa place. Néanmoins, il existe d'autres outils juridiques parfois plus efficaces permettant de faire respecter la légalité dans les contrats, d'autant que les spécificités de la procédure du référé liberté rendent en réalité délicates son application effective.

II. Une procédure d'application stricte, parmi des outils juridiques plus adaptés

A) Des conditions de mise en œuvre contraignantes

La mise en œuvre du référé liberté n'est, en effet, pas toujours aisée. D'abord, il convient de rappeler les conditions d'application du référé liberté, qui dès l'origine, ont été rigoureusement appliquées. Ainsi, l'article L. 521-2 du code de justice administrative impose que le juge soit saisi d'une demande « justifiée par l'urgence », dans le cas d'une atteinte « grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale. Contrairement à la procédure de référé suspension prévue à l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le seul doute ou la potentialité d'une illégalité ne suffit pas. Il est donc parfois difficile de caractériser la gravité et le caractère manifestement illégal de l'atteinte dans le cadre d'un contrat, surtout lorsque les pouvoirs exorbitants de l'administration sont en cause.

Dans une décision du 10 février 2012⁽¹⁷⁾, le Conseil d'État avait à se prononcer sur la réorganisation du secteur de l'audiovisuel, notamment par la fusion des sociétés Audiovisuel Extérieur de la France (AEF) et Radio France International (RFI). Un référé liberté avait ainsi été introduit à l'encontre du contrat d'objectifs et de moyens conclu entre l'État et la société AEF, le comité d'entreprise de RFI soutenant qu'il avait été porté une atteinte manifestement grave et illégale à plusieurs libertés fondamentales, « à la fois par le manque d'information sur le processus de fusion des sociétés et par la mise en œuvre du projet de réorganisation des services de rédaction unique et de nouvelles grilles de programme communes à RFI et France 24 ». La requête apparaissait donc plus comme une revendication « syndicale » que comme une véritable atteinte à une liberté fondamentale. Le Conseil d'État semble sanctionner le procédé et considère qu'aucune liberté fondamentale n'a fait l'objet d'une atteinte grave et manifestement illégale.

La rigueur du juge du référé liberté se traduit également par une appréciation plus stricte de la condition d'urgence. Traditionnellement définie comme une situation qui « préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »⁽¹⁸⁾, l'urgence, dans le cadre d'un référé liberté, impose que le requérant se prévale également de « circonstances particulières [...] impliquant [...] qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doit être prise dans les quarante-huit heures »⁽¹⁹⁾.

(15) CE 30 mars 2007, Ville de Lyon, req. n° 304053, préc.

(16) CE 19 août 2002, Front National, req. n° 249666.

(17) CE 10 février 2012, Comité d'entreprise de RFI, req. n° 356383, préc.

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

(19) CE 16 juin 2003, M^{me} X, req. n° 253290.

Dans ce contexte, il est évident qu'un référé suspension, applicable toutefois aux seuls actes détachables ou aux décisions d'exécution d'un contrat, serait plus aisé à mettre en œuvre. En matière contractuelle, le référé liberté devrait donc être réservé aux seuls cas dans lesquels il est possible de démontrer l'urgence extrême à agir, à raison d'une atteinte certaine et caractérisée à une liberté fondamentale.

B) Le référé liberté confronté aux autres types de référés en matière contractuelle

Surtout, la mesure de l'utilité du référé liberté en matière contractuelle nous semble devoir être analysée à l'aune de la nature du contrat en cause et du moment où le recours est introduit. En effet, des outils adaptés ont été mis en œuvre par le législateur ou par le juge en fonction du type de contrat concerné et de la mesure contractuelle contestée afin de permettre à un cocontractant s'estimant victime d'une atteinte ou d'une irrégularité grave, d'agir plus efficacement.

S'agissant de la conclusion des contrats, on pense bien sûr aux référés précontractuels ou contractuels⁽²⁰⁾, lesquels permettent de sanctionner la violation — on l'a souligné — des seules obligations de publicité et de mise en concurrence pour la passation de tous les contrats de la commande publique⁽²¹⁾. Que dire également du recours dit Tropic⁽²²⁾, qui permet en outre d'obtenir réparation pécuniaire des vices constatés : n'est-ce pas, aussi, en matière contractuelle, l'effet recherché par l'opérateur économique lorsqu'au surplus, il est fondé à introduire également un référé suspension tendant à suspendre l'exécution du contrat ? Plus encore, les pouvoirs du juge dans le cadre d'un référé précontractuel permettent, contrairement à l'introduction d'un référé liberté, de solliciter l'annulation de la procédure, et sa seule saisine suspend la signature du contrat en cause.

S'agissant cette fois des mesures d'exécution des contrats, le référé suspension prévu par l'article L. 521-1 du code de justice administrative permet de demander au juge, au soutien d'un recours en excès de pouvoir la suspension d'une décision « 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 ». Ainsi que nous l'avons souligné, ce recours peut être plus efficace dès lors qu'un simple doute suffit au juge pour ordonner la suspension et que la condition d'urgence est moins strictement appréciée.

On relèvera également, et pour les mêmes raisons, que le référé suspension peut être plus efficace qu'un référé liberté à l'encontre des clauses réglementaires des conventions de délégation de service public, que l'utilisateur du service peut contester⁽²³⁾, ou encore à l'encontre d'un contrat de recrutement d'un agent public (ou d'une mesure de résiliation). Par ailleurs, les jurisprudences Béziers I et II⁽²⁴⁾ permettent aujourd'hui au cocontractant, certes dans le cadre d'une procédure dénuée du caractère

(20) Art. L. 551-1 et s., et L. 551-13 et s. du code de justice administrative.

(21) Pour une application récente à un contrat non soumis à un texte particulier, voir CE 29 juin 2012, Sté Pro2C, req. n° 357976 : CP-ACCP, n° 126, novembre 2012, p. 68, note P. Tijfne.

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

(23) CE 10 juillet 1996, Cayzeel, req. n° 138536.

(24) CE 28 décembre 2009, Cne de Béziers, req. n° 304802 : CP-ACCP, n° 97, mars 2010, p. 78, note X. D. — CE 21 mars 2011, Cne de Béziers, req. n° 304806 : CP-ACCP, n° 110, mai 2011, p. 64 et s., note G. Le Chatelier.

d'urgence, de contester précisément les mesures d'exécution du contrat qui le lie à l'administration.

C) Une réelle utilité en matière d'occupation domaniale ?

Enfin, d'autres considérations sont parfois à prendre en compte lorsqu'il s'agit de mesurer l'utilité d'un référé liberté, précisément parce qu'elles peuvent rendre plus difficile la caractérisation d'une atteinte «grave et manifestement illégale». C'est notamment le cas lorsqu'est en cause l'occupation du domaine public, dont on sait qu'elle n'est que précaire et révocable, même dans le cadre d'un contrat d'occupation. Ainsi, plusieurs décisions⁽²⁵⁾ démontrent que les pouvoirs de gestion domaniale, mus par une exigence permanente de bonne utilisation du domaine, justifient parfois les restrictions qui peuvent être apportées par le gestionnaire à l'occupation du domaine, même lorsque celles-ci portent atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ou à l'attractivité commerciale du bénéficiaire.

Toutefois — et c'est notamment l'apport de l'arrêt précité Commune d'Orvault — l'atteinte est parfois telle, que le juge fait prévaloir la liberté à laquelle il est porté atteinte par le gestionnaire du domaine. C'est bien ici la démonstration que le référé liberté, utilisé à bon escient, présente une réelle utilité en matière contractuelle. ■

(25) CE 16 septembre 2002, *Sté La Cour des Miracles*, req. n°250313 — CE 22 mai 2003, *Cne de Théoule-sur-Mer*, req. n°256848.