

Le référé mesures utiles en matière contractuelle

- Parmi la palette des recours dont disposent les tiers s'agissant des contrats, il apparaît que le référé mesures utiles n'a pas vraiment sa place.
- S'agissant en revanche du contentieux relatif à l'exécution des contrats, ce type de référé peut s'avérer intéressant pour l'administration cocontractante. Il peut en effet permettre à la personne publique de remédier à la défaillance de son cocontractant lorsqu'elle ne tient pas du contrat le pouvoir de le faire elle-même.

Auteur

Maeva Guillerm, avocat à la Cour, SCP Seban et associés

Mots clés

Contestation sérieuse • Référé précontractuel • Mesures utiles • Service public • Urgence • Utilité •

Le problème posé par le sujet tient dans l'énoncé d'une question simple: est-ce que le référé mesures utiles, qui permet au juge des référés d'ordonner, en cas d'urgence, «toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative», peut utilement être sollicité dans la sphère des contrats de la commande publique? L'enjeu du sujet est clair également. Il s'agit au fond d'apprécier si le référé mesures utiles peut offrir ce que les recours pouvant être formés à l'encontre du contrat et/ou de sa procédure de passation n'offrent pas; et si le référé mesures utiles peut offrir aux parties cocontractantes ce que le contrat lui-même ne permet pas. La réponse commande de distinguer suivant que ce référé est attaché à la procédure de passation du contrat, donc fondamentalement aux recours qui peuvent être formés à l'encontre de cette procédure, (I) ou à l'exécution du contrat (II).

I. Référé mesures utiles et passation du contrat

Au premier regard, le référé mesures utiles pourrait compléter utilement la palette des recours ouverts aux tiers et, à ce titre, principalement aux candidats évincés en leur offrant la possibilité de solliciter du juge des référés qu'il enjoigne à la personne publique la communication de documents nécessaires à l'introduction (A) ou au soutien d'un recours formé à l'encontre (de la procédure de passation) d'un contrat (B).

A) Les mesures sollicitées préalablement à l'introduction d'un recours

Le Conseil d'État a eu l'occasion de le rappeler très récemment: le juge des référés peut, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, prescrire la communication de pièces ou d'informations mettant le demandeur à même de

former un recours⁽¹⁾. Le référé mesures utiles peut donc permettre, à celui qui souhaite former un recours à l'encontre de la procédure de passation d'un contrat, d'obtenir communication des pièces qu'il juge nécessaires à l'introduction de son recours. Encore faut-il toutefois que les différentes conditions de droit commun attachées à ce référé soient réunies : les mesures sollicitées doivent être urgentes, utiles, ne pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative et ne se heurter à aucune contestation sérieuse. C'est bien là la difficulté : le juge administratif retient une conception très stricte de ces différentes conditions, si bien que cette voie de droit ne peut être empruntée, dans la majorité des cas.

Les mesures sollicitées doivent tout d'abord revêtir un caractère d'urgence et d'utilité, deux conditions qui s'avèrent particulièrement difficiles à satisfaire. En effet, il ne suffit pas de démontrer que la communication des pièces demandées ne peut être obtenue avant l'expiration du délai de recours, il faut également – c'est là que l'urgence rejoint l'utilité – que l'absence de communication immédiate de ces documents fasse obstacle à l'introduction du recours⁽²⁾. Ce n'est que dans cette seule mesure que la communication immédiate des pièces sollicitées est nécessaire à la sauvegarde des droits du requérant devant la juridiction administrative⁽³⁾, donc que les conditions d'urgence et d'utilité peuvent être réunies.

Au regard de ces exigences, on peut s'interroger sur le point de savoir si ces conditions d'urgence et d'utilité peuvent encore se trouver satisfaites dans une hypothèse autre que celle dans laquelle le requérant ne dispose pas de la décision qu'il souhaite attaquer : est-ce que la communication de « documents annexes nécessaires pour apprécier la portée et la légalité des décisions dont [les requérants] entendent solliciter l'annulation »⁽⁴⁾ peut encore être regardée comme utile et urgente ? C'est là évidemment un premier obstacle de taille à l'exercice du référé mesures utiles en matière (pré)contractuelle, au stade de l'introduction d'un recours. En effet, dans la majorité des cas, il sera possible pour le demandeur d'introduire un recours sans pour autant disposer de l'ensemble des pièces qui pourraient lui permettre de l'étoffer.

Les mesures sollicitées ne peuvent ensuite faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative, condition qui s'oppose à ce qu'il soit fait droit à une requête tendant à la communication de pièces lorsque le requérant, parce qu'il les a demandées à la personne publique concernée, a provoqué une décision de rejet⁽⁵⁾. Les choses se compliquent alors naturellement si la mesure de communication sollicitée ne peut revêtir le caractère d'utilité requis lorsque le requérant n'a pas au préalable effectué les diligences qui auraient pu lui permettre d'obtenir les documents en question⁽⁶⁾, c'est-à-dire lorsqu'il n'en a pas d'abord demandé la communication à l'administration.

Les mesures sollicitées ne peuvent enfin être ordonnées que si elles ne se heurtent à aucune contestation sérieuse. Une telle contestation pourrait éventuellement tenir, en matière précon-

tractuelle, au caractère préparatoire des documents demandés et, en matière contractuelle, au respect du secret industriel et commercial. Il sera alors bien difficile, voire impossible, pour le (futur) requérant de démontrer que les conditions attachées au référé mesures utiles sont réunies, donc d'obtenir la communication de documents préalablement à l'introduction de son recours.

B) Les mesures sollicitées postérieurement à l'introduction d'un recours

En revanche, le référé mesures utiles ne peut en aucun cas être utilement formé par un candidat évincé (ou par un autre tiers intéressé) à l'appui d'un recours déjà introduit. Dans cette hypothèse en effet, les mesures sollicitées (la communication de documents dont, le plus souvent, le rapport d'analyse des offres) ne présentent pas le caractère d'utilité requis. Le Conseil d'État a pu le rappeler récemment : lorsqu'un recours a été formé, la demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de communiquer des pièces utiles à la solution du litige est dépourvue d'utilité « dès lors qu'il appartient au juge saisi du litige, à quelque titre que ce soit, de faire usage des pouvoirs généraux d'instruction qui lui sont dévolus pour ordonner, le cas échéant, les communications qui lui paraissent nécessaires à la solution du litige »⁽⁷⁾.

En matière (pré)contractuelle, la tentation a pourtant pu être grande pour les candidats évincés d'introduire concomitamment un référé précontractuel et un référé mesures utiles, le second aux fins d'obtenir des pièces qui révéleraient des irrégularités de nature à faire prospérer le premier. Mais la même règle s'applique : lorsqu'un référé précontractuel a été introduit, « il appartient au seul juge du référé précontractuel d'apprécier l'opportunité d'une telle communication ; que, dès lors, les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint [au pouvoir adjudicateur] de produire le rapport d'analyse des offres avant l'audience en référé précontractuel doivent être rejetées »⁽⁸⁾. Et cette solution permet d'éviter des dérives : le référé mesures utiles ne doit pas devenir un moyen pour les requérants de contraindre les personnes publiques à communiquer des documents préparatoires, dans le seul but d'y découvrir d'éventuelles irrégularités nouvelles.

Fondamentalement, et parce que le juge dispose de pouvoirs généraux d'instruction qui lui permettent d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de permettre la vérification des allégations du requérant⁽⁹⁾, il n'est pas utile (au sens de l'article L. 521-3 précité) pour le requérant d'obtenir des documents supplémentaires à l'appui de son recours par la voie du référé mesures utiles. C'est sûrement vrai dans la majorité des cas mais il n'est sans doute pas absurde de penser que, dans certaines hypothèses, « les deux juges n'apprécieront pas nécessairement de la même manière l'utilité de la mesure demandée »⁽¹⁰⁾ et que la condition d'utilité de la mesure aurait parfois pu être satisfaite, malgré l'introduction préalable d'un recours. Le référé

(1) CE 25 janvier 2013, SCP Gagnebien et Galibert et la SCP Bodard et Brohier, req. n° 365410.

(2) Ibid.

(3) CE 29 avril 2002, Sté Baggerbedrijf de Boer, req. n° 239466.

(4) CE 5 décembre 1990, Asso. « Te pohue la metai ote henua », req. n° 112086.

(5) CE 30 mars 2006, Asso. d'aide contre les abus bancaires, req. n° 291583 – CE 10 mars 1995, Ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche, req. n° 158582.

(6) CE 25 janvier 2013, SCP Gagnebien et Galibert et de la SCP Bodard et Brohier, req. n° 365410, préc.

(7) CE 20 février 2012, Valéry, req. n° 353134 – CE 4 mai 2011, Sté Ciel et Terre, req. n° 348739.

(8) TA Paris 27 décembre 2012, Sté Loi Maçonnerie Générale Béton Armé, req. n° 1221973.

(9) CE ass., 28 mai 1954, req. n° 28238.

(10) S. Ferrari, « Chassé-croisé entre les pouvoirs du juge du référé mesures utiles et les pouvoirs d'instruction du juge du fond », Dr. adm., n° 6, juin 2012, comm. 58.

mesures utiles n'a donc pas réellement sa place aux côtés des recours qui peuvent être exercés à l'encontre des contrats publics d'affaires. S'il est une place pour le référé mesures utiles en matière contractuelle, il faut donc plutôt la rechercher en phase d'exécution du contrat.

II. Référé mesures utiles et exécution du contrat

En cours d'exécution d'un contrat, le référé mesures utiles reste difficilement praticable pour le cocontractant de la personne publique (B). Il peut en revanche, dans un cadre restreint, présenter un réel intérêt pour l'administration (A).

A) L'intérêt et les limites du référé mesures utiles pour la personne publique

Les hypothèses dans lesquelles le juge des référés peut enjoindre au cocontractant d'une personne publique de se conformer à ses obligations contractuelles sont limitées. Le référé mesures utiles peut toutefois offrir des perspectives intéressantes à l'administration. Le Conseil d'État a, par un arrêt du 1^{er} mars 2012, rappelé les conditions dans lesquelles une personne publique peut solliciter du juge des référés qu'il enjoigne à son cocontractant de se conformer à ses obligations contractuelles⁽¹¹⁾. D'abord, et en application d'une jurisprudence ancienne et constante⁽¹²⁾, la Haute juridiction a réaffirmé qu'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant des injonctions aux cocontractants de l'administration, lorsque celle-ci dispose de pouvoirs de contraintes qui lui permettent d'obtenir l'exécution du contrat, et précise que :

« Il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre de son cocontractant, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire. »

Cette première limite au pouvoir d'injonction du juge administratif à l'égard du cocontractant de la personne publique, qui trouve son origine dans le principe selon lequel l'administration est irrecevable à demander au juge de prononcer des mesures qu'elle a le pouvoir de prendre elle-même⁽¹³⁾, vaut d'ailleurs en référé comme au fond.

Ensuite, le pouvoir d'injonction du juge est limité, dans le cadre du référé mesures utiles, aux mesures provisoires nécessaires pour assurer la continuité ou le bon fonctionnement du service public. Les pouvoirs du juge des référés ne peuvent donc s'exercer que lorsqu'est en cause un contrat administratif concourant à une activité de service public.

Les pouvoirs du juge des référés à l'encontre du cocontractant d'une personne publique ne s'inscrivent donc que dans un cadre restreint. La demande formée dans ce cadre présentera

toutefois des chances de succès importantes. Certes, le juge des référés ne peut évidemment faire droit à une demande d'injonction formulée par une personne publique qu'à la condition, il faut le rappeler, que la mesure sollicitée soit utile, qu'elle soit justifiée par l'urgence, qu'elle ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative (ce qui ne devrait pas poser de difficulté) et qu'elle ne se heurte à aucune contestation sérieuse. Il n'est toutefois pas de réelle difficulté qui soit attachée à la satisfaction de ces différentes conditions. Il ressort en effet de la jurisprudence que sont en principe regardées comme urgentes et utiles les mesures nécessaires au service public, étant précisé que l'utilité d'une mesure n'implique pas qu'elle soit la seule de nature à satisfaire les besoins de la personne publique. Or, on l'a dit, le juge des référés ne peut prononcer d'injonction à l'encontre du cocontractant de l'administration que si la mesure sollicitée est nécessaire à la continuité ou au bon fonctionnement du service public. Il faut donc considérer que, le plus souvent, dès lors que la mesure sollicitée par la personne publique sera de celles que le juge des référés peut prononcer, elle sera à la fois urgente et utile, précisément car elle sera nécessaire à la continuité ou au bon fonctionnement du service public. Le rapporteur public Bertrand Dacosta en convient d'ailleurs dans ses conclusions sous l'arrêt Société assistance conseil informatique professionnelle, « une mesure nécessaire à la continuité et au bon fonctionnement du service public satisfait au critère de l'utilité et, *a priori*, à celui de l'urgence ; le juge du référé peut la prononcer dès lors qu'elle ne se heurte, dans son principe, à aucune contestation sérieuse »⁽¹⁴⁾.

« Le référé mesures utiles peut être utilisé comme un pouvoir complémentaire aux sanctions dont l'administration dispose en matière contractuelle. »

Cette dernière condition, tenant à l'absence de contestation sérieuse, ne pose pas plus de difficulté. Elle sera en effet satisfaite dès lors que la demande de la personne publique trouvera son fondement dans le contrat qui la lie à son cocontractant. Le référé mesures utiles peut donc permettre à la personne publique de remédier à la défaillance de son cocontractant lorsqu'elle ne tient pas du contrat le pouvoir de le faire elle-même. Ce sera alors un pouvoir utilement complémentaire aux sanctions dont l'administration dispose en matière contractuelle (pénalités contractuelles, résiliation pour faute du cocontractant) mais dont l'effectivité est parfois sujette à question lorsque la continuité et le bon fonctionnement du service public sont recherchés.

B) L'absence d'intérêt du référé mesures utiles pour le cocontractant

Le référé mesures utiles reste en revanche, au stade de l'exécution du contrat, une voie de droit difficilement praticable pour le cocontractant de l'administration. Il faut en effet rappeler

(11) CE 1^{er} mars 2012, *Sté Assistance Conseil Informatique Professionnelle*, req. n° 354628 : CP-ACCP, n° 123, juillet-août 2012, p. 76, note O. Guillaumont.

(12) CE sect., 13 juillet 1956, *Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine*, req. n° 34656 — CE 29 juillet 2002, *Centre hospitalier d'Armentières*, req. n° 243500.

(13) CE 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, req. n° 49241 — CE 2 juillet 2007, *Cne de Lattes*, req. n° 294393.

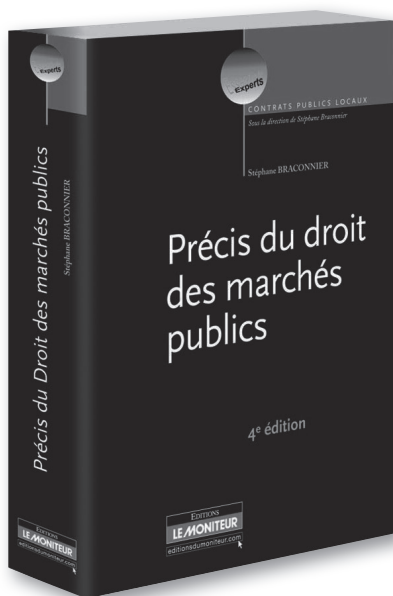
(14) B. Dacosta, « La personne publique peut-elle saisir le juge des référés dans le cadre de l'exécution du contrat ? », *BJCP* 2012, n° 82, p. 183.

que, saisi sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le juge des référés ne peut pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Il ne peut donc pas faire obstacle aux ordres de service pris en exécution d'un contrat, pas plus qu'il ne peut prononcer la suspension de l'exécution d'un marché public. Comme le souligne le rapporteur public Bertrand Dacosta dans ses conclusions sous l'arrêt Société Eurelec Aquitaine, « suspendre l'exécution d'un contrat, c'est faire obstacle non seulement au contrat lui-même, mais encore à toutes les décisions administratives prises par la personne publique pour en assurer l'exécution. La circonstance que ces mesures soient prises dans un cadre contractuel ne leur ôte pas leur caractère décisoire. Le référé mesures utiles

ne peut, en principe, être un substitut au référé suspension »⁽¹⁵⁾. C'est finalement l'objet même des demandes qui pourraient être formées en phase d'exécution du contrat par le cocontractant qui ne se prête pas (ou mal) au référé mesures utiles. C'est donc vers d'autres voies juridictionnelles que le cocontractant de l'administration doit le cas échéant s'orienter.

En définitive, le référé mesures utiles trouve avant tout sa place, en matière contractuelle, au service de la personne publique, en cours d'exécution du contrat. ■

(15) B. Dacosta, « Le juge du référé-mesures utiles peut-il suspendre l'exécution d'un marché public ? », BJC 2009, n° 67, p. 492.



Le manuel de référence pour maîtriser tous les aspects d'un marché

La quatrième édition de cet ouvrage, notamment à jour de la circulaire du 14 février 2012, analyse la réglementation des marchés publics et de leurs contrats connexes. Ce manuel analyse les notions fondamentales du droit des marchés publics, le rôle de chacun des intervenants du marché et étudie le déroulement du contrat, de sa passation à son exécution aussi bien technique que financière. Enfin, un chapitre traitant du règlement des litiges clôt l'ouvrage. Ces différents points sont étudiés au moyen des textes officiels, mais aussi de la jurisprudence européenne et nationale.

Extrait du sommaire

- Sources du droit des marchés publics
- Notion de marché public
- Parties au marché public
- Passation des marchés publics
- Exécution des marchés publics

Stéphane Braconnier – Essentiels Experts / Contrats publics locaux
4^e édition 2012 – 578 pages – 59 € – Réf. commande : 112882

Commandez cet ouvrage sur editionsdumoniteur.com

EDITIONS
LE MONITEUR
editionsdumoniteur.com