

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Au mois de février 2014, l'Office public d'habitat "Drôme aménagement habitat" a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la conclusion de marchés ayant pour objet la construction d'un pôle de recherche, de formation et d'expertise en toxicologie environnementale et écotoxicité. Le lot n° 2, "installation de chantier - Gros oeuvre" a été attribué à la société Eiffage construction, l'offre de son concurrent, le groupement solidaire Campenon-Bernard R... ayant été écartée comme irrégulière au motif qu'elle constituait une variante présentée sans offre de base. Saisi par la société Ribière, le juge du référé précontractuel du TA de Grenoble a, par une ordonnance du 10 juin 2014, annulé "la procédure d'attribution du marché" pour le lot n° 2, après avoir considéré que l'offre du groupement évincé était bien une offre de base et non une variante. Huit jours plus tard, l'OPH a informé le groupement qu'il avait de nouveau attribué le marché à la société Eiffage au terme d'une procédure reprise au stade de l'analyse des offres. Le marché a été signé le 7 juillet.

La société Ribière a alors saisi le juge du référé de conclusions aux fins de suspension de l'exécution de ce marché. Par une ordonnance du 23 octobre 2014 contre laquelle cette société se pourvoit en cassation, le juge du référé a rejeté sa demande pour défaut d'urgence.

Avant d'examiner les moyens dirigés contre les motifs de l'ordonnance attaquée, vous devrez vous interroger sur sa régularité et plus précisément sur l'impartialité objective de son auteur qui, comme vous le savez, est d'ordre public (30 juillet 2003, *Mme C...* p. 365). La question se pose parce qu'il apparaît que le même juge a successivement statué sur les demandes de la société Ribière au titre des procédures de référé précontractuel puis de référé suspension.

Ce n'est pas la première fois que vous rencontrez cette situation. Vous avez admis, par votre décision du 3 février 2010, *Cté de cnes de l'Arc Mosellan* (n° 330237, aux T sur ce point), qu'un même magistrat pouvait successivement statuer sur une demande de référé précontractuel relative à la procédure d'attribution d'un marché puis sur une demande de référé suspension de l'exécution d'un marché ayant le même objet, sous réserve qu'il ne soit pas conduit à se prononcer, dans les deux procédures, sur le même motif. Dans cette affaire, vous avez jugé que la circonstance que le même magistrat ait suspendu l'exécution du marché en se fondant sur l'existence d'un moyen sérieux tenant au même motif que celui qu'il avait retenu pour annuler la procédure de passation du même marché méconnaissait les exigences qui découlent du principe d'impartialité. La différence avec les principes issus de votre décision de Section du 13 mai 2004, *Commune de Rogerville* (p. 223), par laquelle vous avez jugé que la circonstance qu'un magistrat ait eu à connaître d'une affaire dans le cadre d'un référé suspension ne le disqualifie pas pour en connaître au fond, sous réserve du cas où il apparaîtrait, compte tenu notamment des termes mêmes de l'ordonnance,

qu'allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige¹, est que le juge du référé précontractuel est en réalité un juge du fond qui porte sur la régularité de la procédure de passation un regard qui n'est pas substantiellement différent de celui que portera le juge saisi d'une contestation de la validité du contrat. Dès lors, ce n'est plus le respect des limites de l'office de chaque juge qui conditionne la régularité de la procédure mais les motifs qu'il adopte, ce qui fait dépendre la régularité de la seconde décision du moyen que le juge entend retenir. Cette situation n'est pas pleinement satisfaisante mais, en l'espèce, elle ne pose pas de problème puisque, si l'auteur de l'ordonnance attaquée avait déjà eu à connaître de la même affaire au titre de la procédure de référé précontractuel au terme de laquelle il avait annulé la procédure d'attribution du marché, il ne s'était pas prononcé sur les mêmes questions. L'ordonnance de référé précontractuel est fondée sur l'illégalité du motif d'éviction d'un candidat; l'ordonnance de référé suspension est fondée sur l'absence d'urgence à ordonner la suspension de l'exécution du marché. Le juge du référé suspension a donc régulièrement statué.

Pour juger qu'il n'y avait aucune urgence à suspendre l'exécution du marché conclu par l'OPH, l'auteur de l'ordonnance attaquée a tout d'abord écarté l'argument de la société requérante selon lequel le marché avait été signé en méconnaissance de l'ordonnance précédente qui avait annulé la procédure, ce qui, selon elle, caractérisait, par principe, une situation d'urgence. Il ne s'est pas prononcé sur le principe de la présomption invoquée mais sur la circonstance qu'en l'espèce, "l'ordonnance dont la violation est alléguée, rendue à la demande de la SAS Ribière qui demandait que le tribunal annule la procédure d'attribution et la reprenne à compter de son éviction, a annulé la procédure d'attribution et non la procédure de passation ; que dès lors, en reprenant la procédure d'attribution à la phase d'analyse des offres, ainsi d'ailleurs que la SAS RIBIERE l'avait demandée, Drôme Aménagement Habitat n'a pas méconnu l'ordonnance précitée". La société requérante critique ces motifs sous les angles de la dénaturation de ce qu'elle avait demandé et de l'erreur de droit à avoir distingué procédure de passation et procédure d'attribution.

Disons d'emblée que ces moyens ne nous paraissent pas fondés. D'une part, l'auteur de l'ordonnance attaquée a cherché à déterminer la portée de l'ordonnance précédente pour savoir si le pouvoir adjudicateur avait méconnu l'autorité qui s'attachait à la chose jugée. Il a ce faisant tenu compte de son dispositif, qui annule "la procédure d'attribution" du marché, qu'il a interprété à la lumière de ses motifs, qui retiennent une illégalité du motif de rejet d'une offre. L'évocation de la demande de la société Ribière n'était pas indispensable à ce raisonnement; en tout état de cause, elle ne procède d'aucune dénaturation, la société ayant bien demandé "l'annulation de la procédure de passation du marché ou à tout le moins sa reprise au stade de l'analyse des offres". Elle n'avait d'ailleurs intérêt qu'à demander l'annulation de la procédure à ce stade, afin que son offre réintègre la compétition au stade auquel elle avait été irrégulièrement écartée.

D'autre part, s'il est exact que ni les dispositions applicables ni votre jurisprudence ne consacrent, comme le fait l'ordonnance attaquée, de distinction entre procédure d'attribution et procédure de passation, nous ne pensons pas qu'elle soit pour autant constitutive d'une erreur de droit, dès lors qu'il est clair que, par cette formulation certes malheureuse, l'auteur des ordonnances a entendu distinguer entre deux stades de la même procédure, le stade initial du lancement de la procédure de passation et le stade ultérieur de l'analyse des offres aboutissant à l'attribution du marché. Compte tenu du motif de l'ordonnance de référé précontractuel, son dispositif, qui annule la procédure d'attribution du marché, pouvait être interprété comme annulant la procédure au stade de l'analyse des offres. Cette interprétation était d'ailleurs la seule qui conférait à l'ordonnance une portée légale, l'annulation totale de la procédure allant au-delà de ce qui était nécessaire pour remédier à l'irrégularité retenue (30 sept 2011, *Dept de Haute-Savoie*, n° 350153). Ajoutons enfin que le juge du référé suspension était d'autant mieux placé pour déterminer la portée de cette

1 Voyez pour une réaffirmation de ce principe, Sect, 26 nov 2010, *Sté Paris Tennis*, n° 344505.

ordonnance qu'il en était l'auteur.

Mais au-delà de ces questions d'espèce, la présente d'affaire peut vous donner l'occasion de vous interroger sur l'application de la présomption d'urgence que vous avez reconnue par votre décision du 6 mars 2009, *Sté Biomérieux* (n° 324064, au rec) lorsqu'une collectivité publique a signé un contrat en méconnaissance d'une décision de justice qui y faisait obstacle. Par cette décision, vous avez jugé, à propos d'une ordonnance de suspendre la signature du contrat, que "la méconnaissance par la collectivité publique du caractère exécutoire de l'ordonnance du juge des référés précontractuels et l'atteinte grave et immédiate qu'elle porte à un intérêt public (...) créent, en principe, une situation d'urgence, sous réserve que l'instruction fasse apparaître des éléments précis relatifs aux risques pour la collectivité publique qui résulterait de la suspension du marché". Si l'on peut lire dans ces motifs l'affirmation d'une présomption d'urgence, force est de constater qu'elle est loin d'être irréfragable. Nous y percevons surtout la volonté de garantir le respect de la chose jugée et l'efficacité du dispositif du référé précontractuel en en faisant un intérêt public doté d'un poids particulier, alors même que, comme l'avait bien montré N. Boulouis dans ses conclusions sur l'affaire *Biomérieux*, la signature du contrat en violation de l'autorité de la chose jugée est un motif d'illégalité du contrat qui devrait être pris en considération au titre de la condition tenant à l'existence d'un moyen sérieux et non au titre de l'urgence, qui ne devrait être appréciée qu'au vu des effets concrets de l'exécution de l'acte. Ainsi, les quelques rares matières dans lesquelles vous avez présumé l'urgence correspondent à des situations où l'exécution de la décision entraîne par elle-même, eu égard à son objet et à ses effets, des conséquences irréversibles ou difficilement réversibles, de sorte que sa suspension apparaît comme le seul moyen de garantir l'utilité du recours juridictionnel. Tel est notamment le cas des demandes relatives aux autorisations de travaux² ou aux mesures d'éloignement des étrangers³.

Mais vous n'avez pas suivi votre rapporteur public qui vous invitait à ne pas confondre légalité et urgence, estimant probablement que l'autorité de la chose jugée et l'efficacité du référé précontractuel, qui est une exigence européenne, seraient mieux assurés s'ils pesaient en faveur d'une urgence qui, s'agissant de l'exécution d'un contrat administratif, n'apparaît autrement quasiment jamais réalisée, puisqu'il y a toujours un intérêt public à l'exécuter et rarement de préjudice grave et immédiat pour le candidat évincé qui subit au pire une perte de chance⁴. Il ressort d'ailleurs des motifs de votre décision *société Biomérieux*, qui évoque l'intérêt public de l'exécution

2 L'urgence à obtenir la suspension de l'exécution d'une autorisation de construire est présumée lorsque les travaux vont commencer ou ont déjà commencé sans être pour autant achevés (CE, 27 juillet 2001, *Commune de Tulle c/ Consorts D...*, T p. 1115 ; CE, 15 juin 2007, *A...*, n° 300208, T. p. 1010 et, pour une réaffirmation récente et forte de cette présomption : CE, 16 fév 2011, *Copropriété "Les Bleuets" et copropriété "Primevère"*, n° 341422 - B). Une présomption d'urgence s'attache également à la suspension de l'exécution d'une décision prescrivant la démolition de bâtiments (CE, 18 nov 2009, *Min de la santé c/ Société La Méridionale des Bois et Matériaux*, n° 327909 – B) ou en faveur de l'acquéreur évincé qui conteste une décision de préemption (13 novembre 2002, *H...*, au recueil p. 396) alors qu'elle n'est pas applicable au vendeur (14 novembre 2003, *C...*, aux Tables).

3 Présomption reconnue à l'égard des décisions d'expulsion (CE, 26 septembre 2001, *Ministre de l'intérieur c/A...*, p. 428 ; 13 mars 2002, *Ministre de l'intérieur c/ R...*, n° 240543), sauf lorsque l'expulsion est assortie d'une mesure d'assignation à résidence prise sur le fondement de l'article L. 523-5 du ceseda (CE, 18 février 2008, *Min int c/ M. B...*, n° 306238 – B.).

L'urgence est présumée en ce qui concerne les demandes tendant à la suspension de mesures de refus de renouvellement ou de retrait de titres de séjour (CE Section, 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Mme A...*, n° 229773, p. 123 ou 11 décembre 2002, *C...i*, T. p. 866), mais pas dans les autres cas, notamment lorsque le refus est opposé à une première demande (CE Section, 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Mme A...*, précitée).

4 Voyez les conclusions de N. Boulouis sur la décision *Ministre de l'immigration et Association collectif Respect* du 16 novembre 2009 (n° 328826), « il y aura toujours un intérêt public à exécuter le contrat, celui que le pouvoir adjudicateur avait en vue lorsqu'il l'a conclu – à moins que le vice du contrat réside dans l'absence d'intérêt public, ce qui sera exceptionnel, ainsi qu'un intérêt privé, celui de l'entreprise attributaire, et rarement un préjudice grave et immédiat au détriment du concurrent évincé mais au mieux une perte de chance. » et P. Cassia, Questions sur le référé-suspension accessoire au nouveau recours contre le contrat : JCP A 2007, 1036).

du marché pour renverser la présomption, qu'il s'agit bien en la matière d'une balance entre des intérêts publics.

Bien que cette jurisprudence soit récente, les importantes évolutions du droit positif intervenues depuis nous paraissent justifier que vous vous interrogiez de nouveau sur son utilité, ce que la présente affaire peut vous donner une occasion de faire, occasion qu'il faut d'autant plus saisir qu'elles sont rares, cette jurisprudence étant restée isolée jusqu'à présent.

Cette interrogation apparaît tout d'abord dans le champ même où cette solution a été adoptée. Nous avons vu qu'elle ne correspond pas aux cas habituels de présomption d'urgence logiquement fondés sur les effets de l'exécution de l'acte. L'illégalité de l'acte ne suffit en principe pas à caractériser une situation d'urgence, comme vous l'avez notamment rappelé récemment à propos d'un contrat (23 juillet 2014, *M. C... et autres*, n° 380474, inédite), y compris lorsque cette illégalité tient à la violation de l'autorité de la chose jugée (3 octobre 2003, *Mme P...*, T. p. 921; 17 janv 2007, *Min de l'int*, n° 294789, s'agissant de décisions méconnaissant une ordonnance de suspension). Elle représente donc une solution très particulière destinée non garantir de manière générale l'autorité de la chose jugée mais à assurer l'efficacité du référé précontractuel en ouvrant une voie de recours en urgence lorsque la signature irrégulière du contrat a privé le candidat évincé de son droit à engager cette procédure. Or, depuis cette décision, a été introduit dans le droit positif un recours contentieux ayant précisément cet objet et permettant, en cas de conclusion du contrat en méconnaissance de l'obligation d'en suspendre la signature, de saisir en urgence un juge ayant les mêmes pouvoirs que le juge du référé précontractuel : vous avez reconnu le référé contractuel, issu de l'ordonnance du 7 mai 2009. Ainsi, dans le cas de figure de l'affaire *société Biomérieux*, le candidat évincé peut désormais former un référé contractuel qui lui donne accès à un juge ayant des pouvoirs plus étendus que le juge du référé suspension. La même ordonnance a également renforcé le dispositif en assortissant d'un effet automatiquement suspensif de la signature du contrat l'introduction d'un référé précontractuel.

Si la jurisprudence *société Biomérieux* n'a plus vocation à s'appliquer dans le cas de figure qui l'a vu naître, ne resterait-elle pas nécessaire dans d'autres situations, notamment lorsque le contrat a été conclu au mépris de l'annulation de la procédure décidée par le juge du référé précontractuel ? Mais là-encore le référé contractuel apparaît comme la procédure adaptée à cette irrégularité, puisqu'il est ouvert, y compris pour le demandeur qui a effectué un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours (art L. 551-14, second alinéa, du CJA). Précisons enfin que ce dernier cas ne correspond pas exactement à celui de la présente espèce, où la requérante prétend que le pouvoir adjudicateur a méconnu l'ordonnance de référé précontractuel non pas en signant le marché en violation de son interdiction mais en reprenant la procédure à un stade plus avancé que celui auquel elle avait été annulée, le candidat évincé a toujours la possibilité d'effectuer un nouveau référé précontractuel.

L'objectif de garantir l'effectivité du référé précontractuel que poursuit votre décision *sté Biomérieux* en adaptant la condition d'urgence du référé suspension pour qu'il puisse faire fonction en quelque sorte de voie de recours du référé précontractuel est par conséquent aujourd'hui pleinement satisfait pas le référé contractuel, de sorte qu'il ne nous paraît plus nécessaire de déroger aux principes qui gouvernent l'appréciation de l'urgence en référé suspension. Nous n'ignorons certes pas que les conditions d'ouverture de ce recours sont strictes, mais c'est précisément parce qu'il est conçu comme subsidiaire par rapport au référé précontractuel et adapté aux hypothèses dans lesquels ce dernier a été irrégulièrement fermé. Non seulement cette solution n'est plus nécessaire, mais elle présente l'inconvénient de maintenir une voie de recours parallèle au référé contractuel, qui bénéficie d'un délai plus long (deux mois à compter des mesures de publicité appropriées) et de conditions moins contraignantes, ce qui risque d'inciter les requérants à se porter vers ce recours au détriment de celui spécialement institué pour juger en urgence des irrégularités

de passation. On le voit, l'objectif initial de défense des voies de recours spéciales en matière contractuelle menace aujourd'hui de se retourner contre elles.

Si vous partagez notre avis, vous pourrez substituer aux motifs, par ailleurs fondés, de l'ordonnance attaquée, celui, de pur droit, tiré de ce que la méconnaissance de la chose jugée n'est pas, à elle-seule, de nature à créer une situation d'urgence.

La société requérante critiquait également l'appréciation portée par le juge du référé sur l'absence d'urgence au regard des conséquences de son éviction sur son chiffre d'affaires. Elle soutenait ainsi que l'attribution du marché lui faisait perdre 36,7 % de chiffre d'affaires. Ainsi présenté, le moyen, même sous l'angle de la dénaturation que vous contrôlez seule⁵, paraît sérieux. Si la perte "relativement faible" du chiffre d'affaires d'une société ne crée pas de situation d'urgence (28 mars 2012, *Région Champagne-Ardenne*, n° 356209; Ord, 15 oct 2013, *Sté Pierre Fabre Médicament*, n° 372519), il en va différemment lorsque la décision entraîne une perte plus importante, telle que celle consécutive à l'impossibilité d'exploiter un cabinet médical secondaire (13 février 2013, *Conseil national de l'ordre des pédicures podologues*, n° 358474). Toutefois, cette présentation est trompeuse car l'exécution du marché conclu par l'OPH ne fait pas perdre de chiffre d'affaires à la société requérante, mais seulement une chance de réaliser ce chiffre d'affaires si le marché lui avait été attribué. Dans ces conditions, le juge des référés ne nous paraît pas avoir dénaturé les pièces du dossier ni commis d'erreur de droit en ne voyant pas dans cette perte de chance de motif d'urgence.

Enfin, le moyen selon lequel le juge des référés n'aurait pas répondu au moyen tiré de ce que la personne publique n'avait pas procédé à une nouvelle analyse des offres est inopérant, dès lors qu'il n'est pas relatif à l'urgence qui constitue le seul motif de rejet de la demande de suspensions.

EPCMNC : - Rejet du pourvoi;

- A ce que vous mettiez à la charge de la société Ribière le versement à la société Eiffage Construction Rhône-Alpes et à l'OPH Drome aménagement habitat d'une somme de 3 000 euros à chacun au titre des frais qu'ils ont exposé dans cette instance.

5 Sect, 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan*.