

N° 408894

M. H... et autres

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 6 septembre 2017

Lecture du 18 septembre 2017

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous permettra d'apporter quelques précisions sur les modalités d'appréciation de la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un contrat dans le cadre d'un référé formé par des membres de l'assemblée délibérante de la personne publique cocontractante.

Il s'agit en l'occurrence de la communauté de communes Centres Dombes dont le conseil communautaire a, par une délibération du 15 décembre 2016, approuvé l'attributaire d'un marché de conception réalisation d'une piscine intercommunale et autorisé son président à signer le marché. Cet établissement public a peu après fusionné avec deux autres communautés de communes pour former la communauté de communes de la Dombes, à laquelle ont été transférées les droits et obligations nés de ce marché, qui avait été signé quelques jours auparavant. M. H... et plusieurs autres conseillers du nouveau conseil communautaire ont saisi le TA de Lyon du recours en contestation de la validité du contrat que votre décision d'Assemblée *Département de Tarn-et-Garonne* (4 avril 2014, n° 358994) a ouvert aux tiers, recours qu'ils ont assorti, comme le permet cette décision, d'un référé tendant à la suspension de son exécution. Par une ordonnance du 27 février 2017 contre laquelle certains d'entre eux, dont M. H..., se pourvoient en cassation, le juge du référé du TA de Lyon a rejeté leur demande au motif que la condition d'urgence n'était pas remplie.

Vous commencerez par donner acte du désistement d'instance de huit des conseillers municipaux qui avaient initialement formé avec M. H... et huit autres conseillers le pourvoi dont vous êtes saisis.

L'intérêt pour agir des auteurs de ce référé n'a pas été contesté. Il ne nous paraît effectivement pas contestable, compte tenu de leur qualité, dont ils se prévalent, de membres de l'assemblée délibérante, dont votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* a confirmé qu'elle leur conférait, sans conditions, intérêt pour agir. Et ce bien que les requérants appartiennent à une assemblée délibérante qui n'était pas celle qui a approuvé le marché. Mais l'assemblée délibérante dont ils sont membres étant celle de la personne publique qui vient aux droits de celle qui a conclu le marché et qui est donc de ce fait « concernée » par le marché, selon les termes de votre décision *Département de Tarn-et-Garonne*, ils ont à ce titre intérêt pour agir.

Cette petite parenthèse étant refermée, nous en venons aux moyens du pourvoi qui critiquent les motifs par lesquels le juge du référé a écarté les arguments par lesquels les demandeurs faisaient valoir l'existence d'une situation d'urgence à suspendre l'exécution du contrat.

Il a tout d'abord estimé que « la circonstance que le marché public litigieux concerne un ouvrage dont l'édification sera difficilement réversible et pour lequel une demande de permis de construire a d'ores et déjà été déposée ne saurait suffire à caractériser l'urgence alléguée, alors que le litige porte uniquement sur les conditions dans lesquelles ce marché a été passé et non sur le principe même de cette construction ».

L'erreur de droit dont sont entachés ces motifs ressort plus clairement de leur lecture que de celle des écritures, assez confuses, du pourvoi.

En jugeant qu'un effet de l'exécution immédiate du marché, à savoir l'irréversibilité de l'édification du bâtiment qui en est l'objet, ne pouvait caractériser une situation d'urgence car les moyens soulevés à l'encontre du contrat ne concernaient que les modalités de sa passation et non le principe même de la construction, le juge du référé a subordonné la possibilité d'invoquer au titre de l'urgence les effets de l'exécution du contrat à la condition qu'ils soient en rapport avec les moyens soulevés à l'encontre du contrat. Cette confusion entre les motifs de l'urgence et ceux de la validité du contrat constitue assurément une erreur de droit.

Il est à peine besoin de rappeler que la condition d'urgence est liée à la finalité de la procédure de référé suspension qui vise à garantir l'effectivité des recours contentieux non suspensifs en évitant que l'exécution de l'acte attaqué pendant le temps de son jugement au fond prive d'effet pratique son éventuelle annulation. Elle est satisfaite lorsque la décision contestée, ici le contrat, préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre (CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815). Elle doit donc être appréciée uniquement au regard des conséquences de l'exécution de l'acte dont la suspension est demandée, quels que soient les moyens soulevés pour en établir l'illégalité. Ceux-ci sont pris en compte au titre de l'autre condition à la suspension, tenant à l'existence d'un « *moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* » (CJA, art L. 521-1). Ces deux conditions sont bien distinctes et ne doivent pas être confondues, même s'il vous est arrivé de le faire en jugeant que la méconnaissance par la collectivité publique du caractère exécutoire de l'ordonnance du juge des référés précontractuels portait une atteinte grave et immédiate à un intérêt public (CE, 6 mars 2009, *Société Biomérieux*, n° 324064, au rec). Mais cette décision, restée isolée, a été prise dans une configuration très particulière qui ne justifie plus aujourd'hui une solution qui était au demeurant déjà contestable. Vous avez par exemple la même année jugé qu'un candidat évincé à l'obtention d'un marché public portant sur des prestations d'assistance aux étrangers placés en centre de rétention, seul tiers à pouvoir contester la validité d'un contrat, pouvait faire valoir au titre de l'urgence l'intérêt public qui s'attache à ce que les étrangers en rétention soient en mesure d'assurer l'exercice effectif de leurs droits par une aide et un soutien juridique spécifiques (CE, 16 novembre 2009, *Ministre de l'immigration*, n° 328826, aux T).

L'auteur de l'ordonnance attaquée s'est peut-être inspiré du rapport qu'exige votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* entre l'intérêt pour agir et les moyens invocables. Mais outre que cette règle ne s'applique pas aux membres des assemblées délibérantes, elle concerne l'opérance des moyens. Elle peut à ce titre être appliquée pour l'appréciation de l'existence d'un doute sérieux, qui dépend des moyens, mais pas pour celle de l'urgence qui s'apprécie objectivement<sup>1</sup> au regard des seuls effets de l'exécution de l'acte.

Si vous nous suivez, vous annulerez pour ce motif l'ordonnance attaquée, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens du pourvoi, que vous retrouverez néanmoins en réglant l'affaire au titre de la procédure de référé.

S'agissant en premier lieu de l'urgence tenant à l'irréversibilité de la construction du bâtiment que le marché a pour objet de faire réaliser, elle ne nous paraît pas établie par les requérants qui se bornent à faire état de cette construction et de la présomption d'urgence que vous avez reconnu à suspendre l'exécution d'une autorisation de construire (27 juillet 2001, *Cne de Tulle*, n° 230231, T, p. 1115). Mais cette présomption ne saurait s'étendre à tous les actes qui concourent à l'opération de construction. Votre décision du 11 janvier 2006, *Association « défense du site caussolois »* (n° 282217), dont les requérants se prévalent, en est une illustration. S'il en ressort que l'on ne saurait exclure par principe l'urgence à suspendre l'exécution d'un document général d'urbanisme, notamment pas du seul fait que des décisions individuelles seront nécessaires, la suspension ne bénéficie d'aucune présomption et demeure subordonnée à l'existence d'éléments de nature à établir la gravité et l'immédiateté des atteintes que son exécution est susceptible de porter aux intérêts invoqués. Il en va de même pour un marché public ayant pour objet la construction d'un ouvrage public : si son exécution est susceptible de produire des effets irréversibles constitutifs d'une situation d'urgence, encore faut-il qu'ils soient établis dans leur ampleur et dans leur immédiateté, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Les demandeurs invoquaient également le préjudice grave et immédiat que cause à la bonne utilisation des deniers publics l'exécution d'un contrat conclu irrégulièrement et pour un prix qui excède largement les prévisions initiales.

Les éventuelles irrégularités entachant la passation du contrat ne peuvent être utilement soulevées qu'au titre de la condition tenant à l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité du contrat. Nous avons vu à propos du moyen de cassation qu'il convenait de ne pas confondre légalité de l'acte et appréciation de ses effets.

Le coût du marché pour la collectivité n'est pas étranger à l'urgence, à condition qu'il soit appréhendé non pas en lui-même mais au regard des conséquences de l'exécution immédiate dont la suspension est demandée. Les requérants ne sauraient comme ils le font en l'espèce se contenter de faire valoir son montant et le poids qu'il représente pour les finances locales en invoquant la défense des deniers publics. Celle-ci justifie l'intérêt pour agir qui leur est reconnu par principe. Elle représente aussi un intérêt public dont ils peuvent se prévaloir. Mais cela ne les dispense pas de démontrer que cet intérêt est gravement et immédiatement menacé par l'exécution du contrat. Il leur appartient donc d'établir qu'en cas d'exécution du contrat, le coût que représentera pour la collectivité la résolution ou la résiliation du marché qui sera éventuellement décidée par le juge du contrat s'il fait droit à leur recours sera d'une

<sup>1</sup> Section, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes - Société Sud-Est Assainissement*, n° 229562.

importance telle qu'il est préférable de suspendre son exécution. En d'autres termes, le coût pour la collectivité qui devra être démontré est précisément celui lié au fait qu'il aura été exécuté avant d'être résilié ou résolu. Ce n'est donc ni le montant du marché, y compris son augmentation par rapport aux prévisions initiales, laquelle peut d'ailleurs résulter d'une mauvaise estimation par l'acheteur public du coût de l'opération, ni même le coût de sa résiliation pour la collectivité, qu'elle devra au cocontractant quelle que soit l'exécution qu'il aura reçue, mais bien les conséquences financières de l'exécution même pendant la durée de l'instance contentieuse au fond.

Ce coût n'étant ni établi ni même allégué, il ne saurait en résulter une situation d'urgence.

Nous vous proposons par conséquent de rejeter la demande présentée par M. H... et autres au juge des référés du TA de Lyon.

**EPCMNC :**

- Donnez acte du désistement de MM. P..., C..., L..., F..., B..., J..., G... et de Mme O... ;

- Annulation de l'ordonnance attaquée et au rejet de la demande de suspension ;

- A ce que vous rejetiez les conclusions des requérants au titre des frais exposés puisqu'ils sont en définitive parties perdantes. Vous pourrez en revanche mettre à leur charge le versement à la cté de cnes Centre Dombes d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.