N° 440704

Société Pompes funèbres Funerarium Lemarchand

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 23 novembre 2020

Lecture du 08 décembre 2020

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

Combien de fois un candidat évincé de l'attribution d'une concession peut-il parvenir à former des référés précontractuels ? Telle est la question que, en creux, le présent pourvoi va vous permettre de trancher.

1. La société Pompes funèbres Funerarium Lemarchand (PFFL) est, comme son nom ne l'indique pas, dotée d'une grande vitalité contentieuse.

Candidate malheureuse à l'attribution par la commune de Challans (Vendée) d'une concession de service public portant sur la conception, la construction puis l'exploitation d'un crématorium communal, elle a présenté devant le TA de Nantes, outre deux référés mesures utiles tendant à la communication de certains documents, trois référés tendant, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à l'annulation de la procédure de passation de ce contrat, déposés respectivement les 24 décembre 2019, 3 février et 2 mars 2020.

Ses deux premières demandes ont été rejetées au fond par des décisions en date des 31 janvier et 27 février 2020.

Quant à la troisième demande, la société, informée que la convention litigieuse avait été signée le 27 février 2020, soit le jour-même de la lecture de la seconde décision, a présenté de nouvelles conclusions dans un mémoire complémentaire afin de convertir sa demande en référé contractuel, sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative.

Elle se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 28 avril 2020 par laquelle le juge des référés a rejeté ces dernières conclusions comme irrecevables, au motif que la méconnaissance par la commune de ses obligations de suspendre la signature du contrat dans l'attente de la notification de l'ordonnance du 27 février 2020 ne pouvait la faire regarder comme ayant été privée de son droit d'exercer un recours précontractuel.

2. Trois moyens critiquent d'abord la régularité de l'ordonnance mais aucun ne nous paraît fondé, même si le premier n'est pas dépourvu d'importance pratique en cette période.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

2.1. Il est, en premier lieu, soutenu que le JR TA ne pouvait statuer sans tenir d'audience dès lors, selon le pourvoi, que les référés contractuels n'entraient pas dans le champ de l'article 9 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif, qui dispose que, durant la période comprise entre le 12 mars 2020 et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire : «*Outre les cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, il peut être statué sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé (...)*».

La lettre de ces dispositions est pourtant tout à fait claire : toutes les procédures de référé, sans distinction, peuvent être dispensées d'audience, sans qu'il y ait lieu de réserver cette possibilité à ce que le pourvoi appelle les «*référés d'urgence*» (à savoir les seules procédures relevant du titre II du livre V du code de justice administrative).

Certes, les référés précontractuels et contractuels tranchent des questions de fond, mais leurs juges statuent bien sur des «*requêtes présentées en référé*» et les décisions sont rendues à l'issue de procédures dont le caractère urgent justifie qu'elles entrent dans le champ des mesures exceptionnelles prises au printemps dernier.

2.2. Vous ferez ensuite litigieux de l'argument tiré de ce que le JR TA aurait dû motiver son ordonnance sur ce point par des «*considérations pratiques*» propres aux TA de Nantes, aucune obligation de la sorte n'étant prévue par l'ordonnance du 25 mars 2020.

2.3. Enfin, vous écarterez le moyen tiré de ce que le juge des référés a irrégulièrement statué en ne tenant pas d'audience alors qu'il avait initialement inscrit les affaires au rôle d'une audience publique avant la déclaration de l'état d'urgence sanitaire puis qu'il les avait renvoyées à une date ultérieure du fait de cet état d'urgence. Nous ne voyons en effet là aucune méconnaissance de la règle de dispense d'audience qui, nous semble-t-il, a précisément été instituée provisoirement par l'ordonnance du 25 mars 2020 pour régir de telles circonstances.

3. Les deux moyens critiquant le bien-fondé de l'ordonnance sont plus substantiels et au moins l'un d'eux nous paraît fondé.

Il est tiré de ce que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant que la **méconnaissance par la commune du délai de suspension de la signature du contrat n'avait pas privé la requérante de son droit de saisir le juge du référé précontractuel dès lors qu'elle avait déjà pu présenter deux référés précontractuels rejetés au fond.**

Si nous pouvons comprendre, en l'espèce, les sentiments qui ont inspiré cette solution, il nous semble qu'un tel motif ne peut fonder en droit la position du juge des référés.

Vous venez de le rappeler¹ très récemment, pour ce qui concerne la procédure de référé-

¹ Voir aussi CE 10 octobre 2007, B..., n° 304184

suspension, dans votre décision CE 29 juin 2020, *SCI Eaux douces*, n° 435502, à mentionner aux Tables, qui énonce que : « la circonstance que le juge des référés a rejeté une première demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ne fait pas obstacle à ce que la même partie saisisse ce juge d'une nouvelle demande ayant le même objet, notamment en soulevant des moyens ou en faisant valoir des éléments nouveaux, alors même qu'ils auraient pu lui être soumis dès sa première saisine ».

Dans ses conclusions sous cet arrêt, notre collègue Marie Sirinelli en résumait les trois principaux fondements justificatifs :

- d'abord, aucun texte n'interdit une action répétée devant le juge des référés, fût-elle vouée à l'échec ;
- d'autre part, les décisions du juge du référé ne possèdent qu'un caractère provisoire et ne sont pas revêtues de l'autorité de chose jugée (cf., pour le référé précontractuel : CE 6 mars 2009, *Société Biomérieux*, n° 324064, A) ;
- enfin, le juge n'est pas dénué d'outils pour traiter une demande dépourvue d'élément nouveau de façon expédiente et adaptée, en la rejetant comme manifestement mal fondée, sur le fondement de l'article L. 522-3 CJA qui dispense notamment d'une mise au contradictoire, ou même en faisant application de l'amende pour recours abusif.

Toutes ces raisons nous paraissent applicables *mutatis mutandis* aux référés du chapitre Ier du titre V du livre V du CJA et nous vous proposons donc de retenir la même grille de lecture.

Il s'en déduit qu'en relevant que la société évincée avait déjà exercé deux référés précontractuels au cours desquels elle aurait pu soulever le manquement dont elle se prévalait et en estimant que cette circonstance faisait obstacle à ce qu'elle soit regardée comme ayant été privée de son droit d'exercer à nouveau un tel recours pendant la période de suspension, l'auteur de l'ordonnance a commis une erreur de droit.

4. Accueillant ce moyen d'erreur de droit, vous n'annulez pas pour autant l'ordonnance litigieuse car, si vous nous suivez, vous pourrez substituer à ce motif erroné un autre motif qui en justifie le dispositif.

En effet, il ressort expressément des énonciations de l'ordonnance attaquée que la commune de Challans avait, avant de signer le contrat litigieux, été informée par son avocat, à qui la décision avait été notifiée par le biais de l'application Télérecours, du sens de l'ordonnance rendue le 27 février 2020 au matin.

Or, l'article L. 551-4 CJA ne prohibe la signature du contrat que « jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Il nous semble que ces dispositions n'imposent pas un formalisme particulier quant à cette notification et que dès lors qu'il est constant que le pouvoir adjudicateur a reçu une telle notification, notamment par le truchement de son mandataire légal (ce qui est en outre aisé à vérifier matériellement), il faut considérer qu'il retrouve à cet instant la faculté de signer le contrat.

Votre jurisprudence – même si, par la force des choses, elle se prononce plus fréquemment sur les hypothèses où est en cause la saisine du tribunal administratif plutôt que la notification de la décision du JRPC – témoigne d'ailleurs, en cette matière, d'une volonté de ne pas encombrer les exigences des articles L. 551-4, 551-9 ou 551-14 CJA d'un formalisme superflu. Ainsi, vous jugez que ni ces dispositions précitées, ni aucune autre règle ne subordonnent l'effet suspensif de la communication du recours au pouvoir adjudicateur à la transmission, par le demandeur, de documents attestant de la réception effective du recours par le tribunal (CE 25 juin 2018, *SHAM*, n° 417734, T. p. 781).

Vous faites également preuve d'un réalisme simplificateur lorsque vous estimez, dans le cas d'un recours envoyé au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, que la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite (CE 14 février 2017, *Société des eaux de Marseille*, n° 403614, B).

Et vous allez même jusqu'à juger que la voie du référé contractuel reste ouverte à l'auteur d'un référé précontractuel lorsqu'il ressort qu'alors que ce dernier a méconnu ses obligations de notification de son recours, le pouvoir adjudicateur en a malgré tout été informé par le greffe du tribunal administratif (CE 1^{er} mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 255560, T. p. 859).

Dans cette veine pragmatique, il nous semble que, dès lors que la commune de Challans était informée du rejet du référé précontractuel, la signature, à 16h22 le 27 février 2020, du contrat litigieux n'est pas intervenue en méconnaissance de l'obligation de suspension fixée par l'article L. 551-4 du code de justice administrative.

Il s'ensuit, conformément au deuxième alinéa de l'article L. 551-14 CJA, que la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand n'était plus recevable à saisir le TA d'un référé contractuel.

Vous pourrez donc, après avoir effectué cette substitution de motifs qui n'implique l'appréciation d'aucune circonstance nouvelle de fait, rejeter le pourvoi.

Par ces motifs, nous concluons :

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- au rejet du pourvoi, y compris ses conclusions présentées au titre des frais irrépétibles ;
- à ce que la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand verse à la commune de Challans, d'une part, et aux sociétés Compagnie des Crématoriums et Accueil Funéraire 85, d'autre part, une somme de 3 000 euros chacune au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.