



Lexbase Hebdo édition publique n°476 du 12 octobre 2017

[Contrats administratifs] Jurisprudence

Appréciation de l'urgence dans le cadre d'un recours en suspension d'un contrat par un élu

N° Lexbase : N0596BXD



par Ana Gonzalez, Avocat associé, cabinet Alma Monceau

Réf. : CE, 18 septembre 2017, n° 408 894, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A7447WSM)

Dans la continuité de sa jurisprudence "Tarn et Garonne" (1), le Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu le 18 septembre 2017, confirme l'intérêt à agir sans condition des membres des assemblées délibérantes dans le cadre de la demande de suspension d'un marché public. Pour autant, la condition d'urgence est appréciée de manière stricte.

La communauté de communes de Dombes a attribué à un groupement d'entreprises un marché public de conception-réalisation pour la restructuration d'une piscine intercommunale.

Elle a fusionné avec deux autres communautés de communes, pour former une nouvelle communauté de communes, à laquelle serait "transféré" ce contrat juste après son attribution.

Les conseillers communautaires de la communauté de communes nouvellement créée ont formé un recours en contestation de la validité du contrat, assorti d'un référé-suspension (CJA, art. L. 521-1 N° Lexbase : L3057ALS).

Le recours a été rejeté par le juge des référés, *via* la procédure de "tri", faute d'urgence.

Sur un pourvoi formé par les membres de l'assemblée délibérante, le Conseil d'Etat annule l'ordonnance pour erreur de droit, mais rejette la requête pour défaut d'urgence. Ce faisant, il précise sa jurisprudence "Tarn et Garonne" s'agissant de l'intérêt à agir des membres des assemblées délibérantes (I), et de la condition d'urgence (II) dans un tel recours.

I — Intérêt à agir des membres des assemblées délibérantes dans le cadre d'un recours en suspension du contrat administratif

A — Un intérêt à agir sans condition des "tiers privilégiés"

Dans son arrêt "Tarn et Garonne", le Conseil d'Etat a ouvert un recours de pleine juridiction contre le contrat administratif à des tiers "privilégiés", en ces termes : *"cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité"*.

Ces tiers n'ont pas à justifier d'une quelconque condition de recevabilité, ils tiennent de leur seule qualité le droit de contester la validité d'un contrat administratif, de la même manière qu'en matière d'excès de pouvoir (2).

La liste des tiers privilégiés cités par le Conseil d'Etat apparaît toutefois devoir être regardée comme exhaustive (3).

On sait par ailleurs que l'intérêt à agir des "autres tiers" dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat s'apprécie de manière stricte (4).

B — Membres de l'assemblée délibérante issue de la fusion d'EPCI

L'arrêt apporte une précision intéressante, quoique logique : les membres de l'assemblée délibérante ayant ici formé le recours ne sont pas ceux de l'assemblée délibérante ayant approuvé le contrat.

Mais les conseillers communautaires de la nouvelle structure de coopération ont bien intérêt à agir contre le contrat, qui a été transféré par l'effet de la fusion.

Dans ses conclusions sur l'arrêt "Tarn et Garonne", le Rapporteur public soulignait que *"deux catégories de tiers pourraient se prévaloir de toute illégalité : le préfet et les membres des organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, compte tenu des intérêts dont ils sont les dépositaires. Précisons ici que l'élu local n'est pas recevable à contester, en tant que tel, tous les actes de la collectivité. Mais il a intérêt à contester toutes les délibérations par tout moyen [sauf les actes préparatoires]. Il doit donc jouir de la même faculté à l'égard des contrats soumis à autorisation de l'organe délibérant, que cette autorisation soit donnée au coup par coup ou qu'une délégation ait été donnée à l'exécutif en début de mandature* Rappelons que ceci ne concerne pas les contrats de recrutement d'agents publics, dont la passation est une prérogative de l'exécutif, dès lors que l'emploi a été créé par une délibération : l'élu doit justifier que ses prérogatives ont été méconnues et il s'agit d'un recours en excès de pouvoir" (5).

Le recours des élus est donc en principe entendu de manière large tant s'agissant des moyens de droit que des actes susceptibles d'être contestés.

Pour autant, la démonstration de l'urgence dans le cadre d'une demande de suspension du contrat par un élu local s'avère particulièrement ardue.

II — L'appréciation stricte de la condition d'urgence

Dans ses conclusions sur l'arrêt "Tarn et Garonne", le Rapporteur public Bertrand Dacosta souligne que *"donner toute son efficacité au recours en contestation de la validité du contrat imposera, croyons-nous, de réfléchir aux conditions de mise en œuvre du référé suspension dont il peut être assorti, et notamment à la condition d'urgence. Cette condition, telle qu'elle est interprétée actuellement par les tribunaux et les cours, est rarement remplie ; peut-être conviendra-t-il d'imaginer, en certains cas, que puisse jouer une présomption : la suspension d'un contrat peut être préférable à son annulation en cours d'exécution, aussi bien pour les parties que pour l'intérêt général"*.

Mais l'arrêt commenté confirme que la jurisprudence n'est pas assouplie. Les éléments apportés par les requérants pour démontrer l'urgence sont tous rejetés.

A — Une distinction classique entre l'urgence et moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité du contrat

C'est sur ce point que l'ordonnance du tribunal administratif de Lyon est censurée : le juge des référés avait rejeté le recours en considérant que le caractère irréversible de la construction ne pouvait caractériser l'urgence car les moyens soulevés par les requérants à l'encontre du contrat ne concernaient que sa passation, et non le principe même de la construction. Ce faisant, il avait confondu la condition tenant à l'urgence et celle tenant au moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité du contrat.

Le Conseil d'Etat dissipe ce doute : l'urgence doit être appréciée au regard des conséquences de l'exécution de l'acte dont la suspension est demandée, quels que soient les moyens soulevés pour démontrer son illégalité : *"il résulte des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour juger qu'était impropre à caractériser une situation d'urgence le caractère imminent et difficilement réversible des travaux de réalisation de l'ouvrage faisant l'objet du marché, dont se prévalaient les demandeurs, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon s'est fondé sur la seule circonstance que ceux-ci contestaient les conditions dans lesquelles le marché avait été passé et non le principe même de la construction ; que, toutefois [...] il appartient au juge des référés, lorsqu'il statue, dans le cadre fixé par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, sur la condition tenant à l'urgence, d'apprécier si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une telle situation, indépendamment de l'examen des moyens soulevés devant lui pour établir l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de cet acte"*.

Les moyens relatifs à la légalité (ou à l'illégalité) de l'acte sont pris en compte au titre de la deuxième condition à satisfaire pour obtenir la suspension de l'acte : un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte contesté.

B — Pas de présomption d'urgence

Le Conseil d'Etat précise les éléments à même d'établir l'urgence invoquée par le membre d'une assemblée délibérante : *"pour apprécier si la condition d'urgence est remplie, le juge des référés peut prendre en compte tous éléments, dont se prévalent ces requérants, de nature à caractériser une atteinte suffisamment grave et immédiate à leurs prérogatives ou aux conditions d'exercice de leur mandat, aux intérêts de la collectivité ou du groupement de collectivités publiques dont ils sont les élus ou, le cas échéant, à tout autre intérêt public"*.

Mais en matière contractuelle, le juge administratif se montre particulièrement réticent à admettre que la condition d'urgence est remplie.

Il était possible de considérer que "l'objet" du contrat (une construction) pouvait conduire à une présomption d'urgence, comme c'est le cas en matière d'urbanisme (6), au regard du caractère "difficilement réversible" de l'exécution du contrat. Ainsi, le Conseil d'Etat a déjà retenu que l'urgence *"résultait de l'objet de la décision attaquée, qui autorisait l'exécution immédiate de travaux"* (7).

Il est vrai toutefois que cette "présomption" d'urgence en matière d'autorisation d'urbanisme ne dispense pas le requérant d'invoquer les circonstances particulières de l'espèce de nature à justifier l'urgence de la suspension. Elle peut d'ailleurs être renversée en cas de circonstances particulières (8).

Loin de retenir une présomption d'urgence, dans l'affaire commentée, le Conseil d'Etat rejette le moyen considérant que les requérants *"n'apportent aucun élément de nature à établir l'existence d'un tel risque"*.

Le moyen tiré du coût démesuré d'un marché public de travaux (qui *"affecte [...] de manière substantielle les finances de la collectivité"*) peut justifier l'urgence à suspendre le contrat.

Mais un surcoût invoqué de 17 % ne suffit pas, en l'espèce, à caractériser cette atteinte, dès lors qu'aucune justification convaincante n'est fournie par les requérants.

Le moyen tiré de ce que les élus requérants n'ont pas délibéré sur l'attribution du contrat (puisqu'il s'agissait du conseil communautaire de l'EPCI "absorbé") ne caractérise pas, en tant que tel, cette atteinte grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres du (nouveau) conseil communautaire, puisque cette situation est inhérente aux fusions d'EPCI (9).

Enfin, l'éventuelle illégalité de la forme du contrat (conception-réalisation) ne saurait caractériser la condition d'urgence ; mais possiblement caractériser un moyen propre doute à créer un doute sérieux quant à la légalité du contrat.

Cet arrêt "verrouille" encore davantage le référé-suspension, accessoire du recours des tiers contre le contrat, et complique la tâche des élus locaux car il leur sera particulièrement ardu de faire échec à l'exécution d'un marché public, même (probablement) illégal, même affectant de manière substantielle les finances de la collectivité, et dont les effets sont difficilement réversibles (travaux).

(1) CE, Ass., 4 avril 2014, n° 358 994 (N° Lexbase : A6449MIP).

(2) CE, 24 mai 1995, n° 150 360 (N° Lexbase : A4125AN4).

(3) Lire nos obs., *L'action des tiers privilégiés dans le cadre d'un recours "Tarn et Garonne : le cas des ARS*, Lexbase éd.

pub. n° 421, 2016 (N° Lexbase : N3291BWS).

(4) Lire nos obs., *La recevabilité de l'action du sous-traitant évincé dans le cadre d'un recours "Tarn et Garonne"*, Lexbase éd. pub., n° 392, 2015 (N° Lexbase : Ng678BUY).

(5) B. Dacosta, *De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif*, RFDA, 2014, 425.

(6) "*Considérant que la construction du bâtiment autorisée par le permis de construire délivré par le maire de Tulle présenterait un caractère difficilement réversible ; qu'ainsi, les consorts X [...] dont l'habitation est située à proximité de la construction projetée justifient de l'urgence à demander la suspension de l'exécution du permis de construire ce bâtiment*" (CE, 27 juillet 2001, n° 230 231 N° Lexbase : A5472AUg ; CE, 14 mai 2003, n° 251 370 (N° Lexbase : A0449B7R).

(7) CE, 25 octobre 2002, n° 243 702 (N° Lexbase : A3732A3M), AJDA, 2003, 351.

(8) CE, 9 juin 2004, n° 265 547 (N° Lexbase : A8118DBB), Bull. act. CPU n° 4/2004, p. 13, DAUH 2005, 588 ; CE, 20 avril 2005, n°s 278 186 et 278 187 (N° Lexbase : A9422DHG), JCP éd. A 20/2005, n° 1210, concl. De Silva, BJDJ, 2006, 73, chron. Carpentier.

(9) "[...] *par ailleurs, la circonstance que le contrat ait été conclu par la communauté de communes Centre Dombes avant que celle-ci ne fusionne, avec deux autres communautés de communes, au sein de la communauté de communes de la Dombes, et que, par suite, cette dernière soit tenue d'exécuter un contrat sur lequel elle ne s'est pas prononcée, découle de l'application des règles relatives aux fusions d'établissements publics de coopération intercommunale et ne saurait, dès lors, être regardée comme portant une atteinte grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres du conseil communautaire de la communauté de communes de la Dombes*".