

Référé-suspension - Première suspension d'un marché public dans le cadre d'un référé « Tarn-et-Garonne » - Commentaire par Vanessa Wally ISSOP et Cyrille BARDON

Document: Droit Administratif n° 1, Janvier 2019, comm. 1

Droit Administratif n° 1, Janvier 2019, comm. 1

Première suspension d'un marché public dans le cadre d'un référé « Tarn-et-Garonne »

Commentaire par Vanessa Wally ISSOP avocate associée cabinet Bardon & de Fay

et Cyrille BARDON avocat associé cabinet Bardon & de Fay

Référé-suspension

[Accès au sommaire](#)

Pour la première fois, le Conseil d'État suspend l'exécution d'un marché public sur le fondement d'un référé suspension (CJA, art. L. 521-1) introduit par des tiers, en parallèle de leur recours au fond. Tout en apportant des précisions sur la recevabilité de la demande, la Haute juridiction offre une illustration dans laquelle les conditions strictes exigées pour suspendre un contrat sont caractérisées.

CE, 10 oct. 2018, n° 419406, Virapoullé et CIREST : JurisData n° 2018-017639

[...] *Sur la recevabilité de la demande :*

5. Considérant, d'une part, que les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui a conclu un contrat administratif sont recevables à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de celui-ci, [...] et peuvent l'assortir d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ; que M. Virapoullé, membre du comité syndical du SYDNE, est, par suite, recevable à demander la suspension du marché conclu par le SYDNE ;

6. Considérant, d'autre part, que tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est également recevable à former un tel recours et à l'assortir d'une demande tendant à la suspension du contrat ; qu'il ressort des pièces du dossier que la CIREST et la communauté intercommunale du Nord de la Réunion ont constitué, en 2014, le SYDNE pour exercer leurs compétences en matière de traitement des déchets ; que la CIREST finance une part importante du budget du SYDNE, en fonction notamment du tonnage de déchets traités ; que la passation du marché, compte tenu notamment de son montant et de sa durée, est susceptible de la léser dans ses intérêts de façon directe et certaine ; qu'ainsi, la fin de non-recevoir soulevée par la société Inovent à l'encontre du SYDNE doit être écartée ;

Sur l'urgence :

7. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit au point 1, le marché dont la suspension est demandée a été conclu pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans afin de permettre la mise en œuvre de l'objet statutaire du syndicat, dont il engage une part importante des ressources ; qu'il implique que soient entrepris dans un bref délai les travaux de construction d'un centre de valorisation des déchets, pour lequel la société Inovert a parallèlement obtenu une autorisation préfectorale au titre de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement ; que l'exécution du marché risque ainsi d'affecter de façon substantielle les finances du SYDNE et est susceptible de créer, à brève échéance, une situation difficilement réversible ; que les requérants soutiennent en outre, sans être sérieusement contestés, que les conséquences indemnitaires d'une annulation ou d'une résiliation du contrat par le juge du fond seraient d'autant plus graves pour les finances du syndicat que les investissements liés à l'exécution du marché auraient déjà été réalisés ; que ces circonstances caractérisent une atteinte grave et immédiate aux intérêts du SYDNE dont peuvent se prévaloir tant M. Virapoullé que, dans les circonstances de l'espèce, la CIREST [...]

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la condition d'urgence prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie ;

Sur l'existence d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la légalité du contrat et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation :

10. Considérant qu'aux termes du I de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : [...] / 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : [...] / b) Des raisons techniques. [...] / Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public » ;

11. Considérant, en premier lieu, que, pour justifier le recours à une procédure de négociation sans publicité ni mise en concurrence, l'avis d'attribution du marché se fonde sur un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et sur le fait que la société Inovert, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en œuvre courant 2019 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société Inovert par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'il existait une solution alternative ou de remplacement raisonnable, de ce que l'absence de concurrence résultait d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public et de ce que, par voie de conséquence, le SYDNE, en passant le marché sans publicité ni mise en concurrence, a méconnu les dispositions de l'article 30 du décret est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa validité et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ;

12. Considérant, en second lieu qu'aux termes du I de l'article 16 du décret du 25 mars 2016 : « (...), la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en

concurrence périodique » ; qu'en égard à la circonstance que le contrat litigieux est un marché de services, au terme duquel le centre de tri qui doit être réalisé par la société Inovert n'est pas destiné à faire retour à la collectivité, le moyen tiré de ce que sa durée, fixée à quinze ans, méconnaît ces dispositions, est également de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la validité du marché et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ;

13. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la CIREST et M. Virapoullé sont fondés à demander la suspension de l'exécution du marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement et valorisation des déchets non dangereux au centre de valorisation des déchets situé sur la commune de Sainte-Suzanne, signé le 10 novembre 2017 ; [...]

Note :

Comme le précisait le rapporteur public Bertrand Dacosta dans ses conclusions sous la décision « Tarn-et-Garonne », le recours en contestation de la validité du contrat ne peut être véritablement utile que s'il est assorti d'un référé suspension efficace, dont la condition d'urgence doit être appréciée avec plus de souplesse par les juridictions administratives.

C'est désormais ce chantier qu'amorce le Conseil d'État, notamment lorsque le référé est à l'initiative d'un élu, permettant ainsi de regarder le recours en référé suspension comme un outil efficace du contrôle démocratique.

Dans cette décision, Monsieur Virapoullé et la Cirest, en leur qualité respective de vice-président et collectivité membre d'un syndicat mixte de traitement des déchets (SYDNE) ont introduit un référé, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, pour obtenir la suspension d'un marché public de service de tri, traitement, stockage, enfouissement, valorisation des déchets non dangereux, d'un montant de 243 millions d'euros, passé sous la forme d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence, au visa de l'article 30 du décret relatif aux marchés publics (DMP).

Fidèle à une lecture très stricte des deux conditions ouvrant droit à la suspension d'un contrat, le tribunal administratif de La Réunion avait écarté la requête en première instance. Il avait pourtant considéré que la première condition relative à l'urgence était caractérisée. Pour ce faire, le tribunal relevait que les élus avaient approuvé la signature du contrat litigieux, sans avoir reçu, au préalable, une parfaite information sur plusieurs caractéristiques essentielles du contrat, dont son montant, annoncé uniquement le jour de l'assemblée délibérante, et ce alors même que certains élus en avaient fait la demande préalable. Si ce défaut d'information caractérisait la condition l'urgence, il constituait au surplus un vice de légalité qui entachait l'approbation du contrat. En ce sens, ce vice de consentement au contrat était susceptible d'être sanctionné par le juge du fond alors saisi d'un recours « Tarn-et-Garonne » en cours d'instruction. Le juge des référés a toutefois considéré que ce manquement était certes un vice sérieux, mais régularisable par l'intervention d'une nouvelle décision de l'organe délibérant. Ce faisant, le caractère régularisable du vice justifiait que la seconde condition liée à l'existence d'un doute sérieux sur la légalité du contrat n'était pas remplie. Écartant par ailleurs les autres vices de légalité invoqués par les requérants, qui contestaient tant la passation du contrat de gré à gré que sa durée illégale fixée à 15 ans, la requête avait été rejetée (*TA Réunion, ord., 13 févr 2018, n° 1800022*).

Le Conseil d'État saisi d'un pourvoi en cassation censure cette ordonnance, avant d'apporter trois importantes précisions relatives à la recevabilité de la demande au regard de la qualité des requérants (1), à l'appréciation de

la condition d'urgence (2) , avant de considérer que deux des manquements invoqués caractérisaient la condition du doute sérieux (3) , justifiant la suspension immédiate de l'exécution du contrat.

1. Sur la recevabilité des moyens invoqués

S'agissant en premier lieu de la recevabilité de la demande, la Haute juridiction précise que, parmi les deux requérants, seul le vice-président, élu du syndicat, a la qualité de « tiers privilégié ».

Si le Conseil d'État a ouvert à tous les tiers un recours en contestation de la validité du contrat, assorti, le cas échéant, d'un référé suspension, il a par ailleurs limité les moyens susceptibles d'être soulevés au regard, précisément, de la qualité du requérant (*CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne : JurisData n° 2014-006635*). En clair, seuls le préfet et les membres de l'organe délibérant ont la qualité de « tiers privilégiés » et sont susceptibles, à ce titre, d'invoquer tout moyen pour contester la validité d'un contrat. Les « autres tiers » ne pouvant, pour leur part, que soulever des vices « en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent » ou ceux « d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

En l'espèce, la CINOR et la CIREST, deux communautés d'agglomération, ont choisi de déléguer leur compétence « déchets » à un syndicat mixte, le SYDNE, à l'origine du contrat litigieux. La présidence du syndicat a été confiée au président de la CINOR et la vice-présidence du syndicat, au président de la CIREST. Au regard d'une part, des vices affectant le consentement au contrat, dont la communication a été refusée aux élus avant son approbation et d'autre part, de l'incidence financière de celui-ci, qui augmentait significativement le coût du traitement des déchets, le vice-président du SYDNE et la CIREST ont décidé d'engager le recours commenté. En leur qualité respective d'élus et de collectivité membre du syndicat, l'on aurait pu penser que tous deux avaient la qualité de « tiers privilégiés », recevables, à ce titre, à soulever tous moyens.

Telle n'est pas la position du Conseil d'État qui confirme sa volonté de n'ouvrir ce droit qu'à un cercle très restreint de requérants : les élus membres, *stricto sensu*, de la collectivité signataire du contrat et donc, en l'espèce, le seul vice-président du syndicat. Si la position retenue peut paraître sévère, l'on relève néanmoins que le Conseil d'État apprécie assez largement le caractère opérant des moyens susceptibles d'être invoqués par la CIREST, en lui reconnaissant notamment la possibilité d'invoquer utilement tous les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, comme le recours illégal à l'article 30 du DMP ou la durée excessive du contrat, dès lors qu'en sa qualité de financeur du budget du syndicat, la passation du contrat est susceptible de la léser dans ses intérêts de façon directe et certaine.

2. Sur la condition d'urgence

Le deuxième apport de la décision concerne l'appréciation, par le juge des référés, de la condition d'urgence, jusqu'à présent strictement interprétée. Il est vrai que jusqu'à la décision « Virapoullé » commentée, la seule suspension connue d'un contrat, prononcée par le Conseil d'État, concernait un cas exceptionnel dans lequel, en dépit de la décision du juge du référé précontractuel de surseoir à la signature du contrat, les parties l'avaient signé. Cette violation de la chose jugée avait logiquement justifié la suspension de celui, par un autre juge des référés, alors saisi sur le terrain de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative (*CE, 6 mars 2009, n° 324064, Sté Biomérieux : JurisData n° 2009-075039*).

Mais à l'exception de cet unique précédent, obtenir la suspension d'un contrat par le juge administratif était rarissime, pour ne pas dire impossible, au regard de la stricte interprétation de la condition d'urgence...

Un premier pas a toutefois été fait dans une récente décision.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que la condition d'urgence, invoquée par les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales, est susceptible d'être caractérisée « lorsque le coût des travaux qui font l'objet d'un marché public risque d'affecter de façon substantielle les finances de la collectivité ou du groupement concerné et que l'engagement des travaux est imminent et difficilement réversible ». (*CE, 18 sept. 2017, n° 40889, Humbert et a.*).

C'est dans le cadre de cette jurisprudence que la décision commentée s'inscrit.

En effet, pour sécuriser leur requête, M. Virapoullé et la CIREST avaient pris soin, à la différence des requérants dans la décision « Humbert », de chiffrer précisément toutes les conséquences financières de l'exécution du contrat et notamment, la part que représenterait, sur le budget du syndicat, l'indemnisation due au titulaire dans l'hypothèse où le juge du fond prononcerait la résiliation du contrat. Les requérants démontraient ainsi, au regard des enjeux financiers, que la suspension du contrat en urgence était en l'espèce préférable à l'éventuelle mais très probable sanction que prononcerait le juge du fond.

Sensible à ces arguments, le Conseil d'État considère que la condition d'urgence est remplie, illustrant que cette condition n'est plus vouée à être écartée « à tout coup » par le juge administratif.

3. Sur la condition du doute sérieux

Le dernier apport de la décision concerne l'appréciation, par le juge des référés, de la condition liée à l'existence d'un doute sérieux sur la légalité du contrat.

Reprenant la position d'ores et déjà adoptée en droit de l'urbanisme (*CE, 22 mai 2015, n° 385183, SCI Paolina : JurisData n° 2015-011851*), la Haute juridiction confirme que seule l'existence d'un doute sérieux suffit à caractériser cette condition, sans que le juge des référés, eu égard son office, n'ait à apprécier si le manquement invoqué est de nature à entraîner « inéluctablement » l'annulation du contrat. Le Conseil d'État précise qu'en présence d'un tel doute et seulement de ce doute, le juge des référés est tenu de suspendre le contrat. À charge alors pour la collectivité, le cas échéant, de régulariser la procédure avant de saisir le juge afin d'obtenir une levée de la suspension ordonnée. En conséquence, et sur ce motif, le Conseil d'État sanctionne et annule l'ordonnance du tribunal administratif qui, après avoir constaté le manquement affectant l'approbation de la signature du contrat litigieux, ne l'avait pas suspendu, au seul motif que le vice tenant au défaut d'information des élus était régularisable (*CE, 11 mai 2016, n° 383768 et 383769, Rouveyre : JurisData n° 2016-008934*).

Après avoir sanctionné l'ordonnance sur ce fondement, le Conseil d'État considère que la condition du doute sérieux est caractérisée, en l'espèce, par deux autres vices d'une gravité telle qu'ils sont de nature à conduire à la cessation de l'exécution du contrat ou à son annulation.

D'abord, à la différence d'une précédente décision rendue précisément au sujet d'un marché d'enfouissement et de stockage des déchets (*CE, 19 sept. 2007, n° 296192, Communauté d'agglomération de Saint-Étienne Métropole : JurisData n° 2007-072417*), le Conseil d'État juge, dans la décision « Virapoullé », que les strictes conditions imposées par l'article 30 du DMP, qui permettent de passer un marché négocié sans publicité ni mise en

concurrence, ne sont pas remplies. Le Conseil d'État se livre à une analyse détaillée des circonstances de l'espèce et apprécie notamment le bien-fondé des motifs invoqués par le SYDNE pour justifier le recours à cette procédure dérogatoire et exceptionnelle.

Selon le syndicat, l'unique site d'enfouissement et de stockage des déchets du Nord de l'île de La Réunion arrivait à saturation très rapidement (dès 2020) et justifiait de ce fait qu'il opte pour la construction d'un centre de tri et de valorisation des déchets, dont l'objectif était précisément de réduire la masse des déchets enfouis, pour retarder, autant que possible, la saturation de ce site privé. C'est en ce sens que les élus du syndicat avaient déjà acté et validé, en février 2017, la création d'un centre de gestion multi-filières des déchets, pour un montant évalué à 142 millions d'euros, dans le respect d'une procédure de concession. Revenant sur ce choix, le SYDNE estimait désormais, en novembre 2017, que la seule entreprise susceptible de réaliser l'ouvrage était précisément l'actuel propriétaire du site de stockage des déchets qui, anticipant la saturation de son propre site, avait pris soin d'obtenir dès 2016, une autorisation et un permis de construire pour créer, sur son terrain privé, un centre de tri et valorisation des déchets à la condition que ce dernier soit mis en service avant septembre 2019.

Or, le Conseil d'État, reprenant l'analyse des requérants, a d'abord relevé que le site d'enfouissement, au regard du flux des déchets traités, ne serait pas saturé avant la fin de l'année 2021. Mais surtout, la Haute juridiction relève que la passation de ce contrat, en dehors de toute publicité et mise en concurrence était plus justifiée par la volonté de confier le contrat à une entreprise avant l'expiration de son autorisation, que par une absence de concurrence ou de solution alternative. Le Conseil d'État considère ainsi que la passation du marché de gré à gré résulte davantage d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché. En conséquence, le Conseil d'État juge illégal le recours à l'article 30 du DMP et retient le doute sérieux.

Ensuite, relevant que l'ouvrage envisagé était destiné à rester la propriété de l'entreprise titulaire du marché de service, le Conseil d'État considère que l'amortissement des investissements ne pouvait être principalement supporté par le syndicat et, en conséquence, que la durée du contrat, fixée à 15 ans, méconnaît les dispositions de l'article 16 du DMP qui imposent une remise en concurrence périodique. Sur ce second fondement, la condition du doute sérieux est également caractérisée.

En conclusion, si l'on ne peut minimiser les circonstances particulières de cette première suspension, portant sur un contrat de 243 millions d'euros passé de gré à gré sans publicité ni mise en concurrence, il reste que cette décision constitue la première illustration de ce que l'exécution d'un marché public peut faire l'objet d'une suspension en urgence sur le terrain de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

Cet arrêt rappelle, qu'à côté de la subjectivisation du contentieux des contrats, heureuse en termes de sécurité juridique et donc d'efficacité de l'action publique, le référé « Tarn-et-Garonne » est aussi un outil de contrôle démocratique et de la bonne gestion des deniers publics, propre à emporter, en urgence, la suspension de l'exécution d'un contrat.

Mots clés : Contrats. - Référé-suspension. - Recours en contestation de la validité d'un contrat par un tiers. - Recours Tarn-et-Garonne

..Encyclopédies : Administratif, fasc. 1126, 1127

..Autres publications LexisNexis : Fiche pratique n° 3198, « Recours contentieux susceptibles d'être exercés à l'encontre des contrats »

© LexisNexis SA