

Suspension de l'exécution d'une concession en référé « Tarn et Garonne »

Le référé-suspension est une voie droit ouverte au candidat évincé, en parallèle, d'un recours en contestation de la validité du contrat. Quelles sont les conditions pour obtenir la suspension de l'exécution d'un contrat administratif ?

Deux conditions cumulatives sont requises par l'article **L. 521-1** du Code de justice administrative (CJA) : l'urgence et un doute sérieux quant à la légalité du contrat.

Dans une affaire récente relative à la concession de salles de spectacles, le juge du référé suspension de Toulon a considéré que ces deux conditions étaient remplies et a prononcé la suspension de l'exécution du contrat (TA de Toulon, Ord., 5 oct. 2020, n° 2002464).

Le référé suspension est prévu à l'article **L. 521-1** du Code de justice administrative (CJA), qui dispose :
« Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie [1^{re} condition] et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision [2^{de} condition] ».

Cette voie de droit a été ouverte au candidat évincé lors de la décision « Travaux Tropic Signalisation » (CE, Ass., 16 juill. 2007, n° 291545 : *Lebon*), et conservée par la jurisprudence « Tarn-et-Garonne » (CE, Ass., 4 avril 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne : Lebon*). Pour mémoire, les deux jurisprudences précitées constituent des modes d'emploi du recours en contestation de la validité du contrat, recours par lequel le candidat évincé peut demander au juge administratif notamment l'annulation et/ou la résiliation du contrat administratif qu'il conteste ou « attaque ».

1. Sur l'urgence à suspendre l'exécution de la concession

La condition d'urgence posée par l'article **L. 521-1** du Code de justice administrative doit s'apprécier concrètement, notamment par rapport aux conséquences de la décision administrative querellée sur la situation du requérant et au vu des justificatifs fournis par ce dernier (CE, Sect., 19 janv. 2001, n° 228815, *Confédération nationale des radios libres : Lebon*).

Ainsi que le précise Gilles Pellissier dans ses **conclusions** sous l'arrêt « Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes » ^o

Le juge des référés doit regarder non seulement la perte du chiffre d'affaires occasionnée par l'éviction irrégulière, mais également la part de ce chiffre d'affaires dans le chiffre d'affaires global de l'entreprise :
« Considérant que, pour juger que la condition d'urgence était remplie, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a retenu une atteinte grave et immédiate à la situation financière de la requérante compte tenu de la perte de chiffre d'affaires occasionnée par la résiliation du marché ; qu'en statuant ainsi, en se limitant à la seule prise en compte de la perte de chiffre d'affaires occasionnée par la résiliation du marché sans se référer aux autres éléments d'activité de l'entreprise, et notamment à son chiffre

d'affaires global, pour évaluer l'atteinte à sa situation financière, le juge des référés a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la région Champagne-Ardenne est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance ; » (CE, 9 mai 2012, n° 356209, *Région Champagne-Ardenne : Lebon T.*)

Au cas présent, le juge du référé suspension, à la lumière des jurisprudences précitées et des justificatifs fournis par la société requérante a considéré que la condition d'urgence était remplie : « L'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que le chiffre d'affaires de la société [...], spécialement créée pour assurer la délégation de service public dont elle était déjà titulaire, est à 100 % constitué par cette exploitation des salles de spectacles [...], objet du présent renouvellement. Il est par ailleurs établi par ces mêmes pièces que sa pérennité est, à très court terme, menacée par la perte de ce contrat. Dans ces circonstances, la condition relative à l'urgence doit être regardée comme satisfaite » (TA de Toulon, Ord., 5 oct. 2020, n° 2002464, pt. 5).

Précisons également que, s'agissant de la condition d'urgence, Bertrand Dacosta indiquait, sous l'arrêt « Tarn-et-Garonne », qu'il était préférable de suspendre l'exécution d'un contrat, plutôt que d'attendre son annulation par le juge du fond : « 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 » (ccl. Bertrand Dacosta ; CE, Ass., 4 avril 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne : Lebon*).

2. Sur les moyens, en l'état de l'instruction, propres à créer un doute sérieux quant à la légalité de la concession

Il appartient à l'autorité concédante de choisir la meilleure offre au regard de l'avantage économique global, en application de l'article L. 3124-5 du Code de la commande publique.

Les critères déterminés par l'autorité concédante doivent être objectifs, précis, liés à l'objet du contrat et respectueux des grands principes de la commande publique notamment l'égalité de traitement des candidats et la transparence.

o

Tel n'est pas le cas de critères qui affectent les offres : « Les fonction de propositions non corrigées en matière de la personne publique » (CE, 8 avril 2010, n° 358994, *Société Éclair-Phon* ; voir aussi [Bertrand Dacosta](#)).

o

Des fois que les critères obligent soit à la notation des offres, le processus de notation est nécessairement entaché d'illégalité. « Mais dans le doute par l'arrêt pourrait laisser supposer qu'il s'agit, pour lever le doute, de modifier son avis. Il n'en est pas. Le manquement tient à ce que le ministre de la Défense a retenu, en tant que critère de sélection des candidats, un critère qui ne pouvait être relatif qu'à l'appréciation des offres. Ce manquement a été susceptible de faire le sujet. Vous n'êtes pas dans la logique consistant à modifier un critère exigible car une légèreté affectant les règles de jeu est toujours regardée comme susceptible d'affecter la transparence de la procédure. » (CE, 11 août 2014, n° 358994, *Ministre de la Défense*).

Sur ce point, le juge du référé suspension a considéré que les moyens étaient, en l'état de l'instruction, propres à créer un doute sérieux quant à la légalité du contrat attaqué :

« L'article 5.2 du règlement de la consultation prévoyait que le troisième critère était relatif aux "conditions économiques et financières" proposées par chaque candidat. Il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que la commune a donné une part prépondérante, parmi les éléments d'appréciation des offres de ce sous-critère, à l'estimation du montant du chiffre d'affaires pendant toute la durée de la délégation.

Un tel critère, qui repose sur les seules déclarations des candidats, sans engagement contractuel de leur part

et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude, n'est pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité délégante.

Par ailleurs, il résulte de l'instruction que l'appréciation de la rentabilité de chaque offre était, partiellement, conditionnée par le régime fiscal applicable à la subvention que la commune était susceptible d'accorder au futur délégataire. L'imprécision des informations fournies par la commune sur ce point a contribué à fausser l'appréciation de ce même critère relatif aux "conditions économiques et financières" et à créer une rupture d'égalité entre les candidats. Ainsi, les moyens tirés, d'une part, de l'irrégularité du critère relatif aux "conditions économiques et financières" et d'autre part, de l'erreur d'appréciation des offres au regard de ce même critère, sont propres à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du contrat incriminé.

Il résulte de l'instruction, que la note de la société [requérante] sur ce critère n° 3 a été de 1,33 sur 4 alors que celle de la société attributaire était de 4 sur 4 et ce, alors que l'écart global, tous critères confondus, entre les deux sociétés n'est que de 2,2 points. Dans ces circonstances, le manquement commis par la commune [...] en tenant compte d'un critère irrégulier a été susceptible de léser la société [requérante] » (TA de Toulon, Ord., 5 oct. 2020, n° 2002464, pt. 6 à 9).

Dès lors que l'intérêt général ne s'opposait pas à la suspension du contrat, ce que le juge du référé « Tarn-et-Garonne » a vérifié, l'exécution a été suspendue : « [...] l'intérêt général s'opposerait à la suspension du contrat signé entre la Société [titulaire] et la Ville [...] dès lors que l'exploitation des salles de spectacles [...] est presque interrompue par la crise sanitaire actuelle et les contraintes qu'elle impose. Ainsi, compte tenu des circonstances de l'espèce, il y a lieu de prononcer la suspension de l'exécution du contrat signé entre la Société [titulaire] et la Ville [...], jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur sa légalité » (TA de Toulon, Ord., 5 oct. 2020, n° 2002464, pt. 11 à 12).

Obtenir la suspension du contrat relevait de l'impossible, ainsi qu'en témoigne la rareté des décisions en la matière. L'ordonnance commentée permet de dire aux candidats évincés « Osez le référé-suspension » en « Tarn-et-Garonne » (lorsque les conditions sont réunies bien sûr).

L'ordonnance du juge du référé « Tarn-et-Garonne » peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation (CJA, art. L. 523-1). C'est d'ailleurs ce qu'a fait la ville, autorité concédante. Si admission il y a, l'arrêt du Conseil d'État sera analysé dans un prochain billet.

Précisons que, dans l'affaire commentée, la société requérante avait saisi le juge du référé précontractuel. Sa requête, tendant à l'annulation de la procédure de passation, avait été rejetée par ordonnance du 7 août 2020 (TA de Toulon, Ord., 7 août 2020, n° 2001913). Dès lors que le contrat a été signé, la voie de la cassation à l'encontre de l'ordonnance du juge du référé précontractuel est fermée au candidat évincé (CE, 15 févr. 2013, n^{os} 364325e.a., Société Novergie et autres). Cette situation doit évoluer.

Un contrôle du Conseil d'État s'impose sur les ordonnances du juge du référé précontractuel.