

# Béziers II : le juge restreint le référé suspension

- Dans le cadre du recours en contestation de légalité du contrat, le concurrent évincé peut utiliser la procédure de référé suspension.
- Les parties au contrat bénéficiant, depuis l'arrêt Béziers II, d'un recours similaire, peuvent et doivent pouvoir assortir ce recours d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de la mesure de résiliation du contrat.
- Le juge apparaît comme adoptant une position très (trop?) stricte s'agissant de l'appréciation de la condition d'urgence indispensable en matière de référé suspension.

## Auteurs

Mathieu Noël et Emmanuel Perois, avocats,  
Parme Avocats

## Référence

TA Basse-Terre 7 février 2012, Société Sage Services SARL, req. n°1200054

## Mots clés

Concurrent évincé • Partie au contrat •  
Recours de plein contentieux • Référé  
suspension • Résiliation • Urgence •

## POUR ALLER PLUS LOIN

Texte avec de l'italique...

Le Conseil d'État, dans sa décision en date du 21 mars 2011 dite Béziers II<sup>(1)</sup>, est venu ajouter une nouvelle pierre à l'édifice du contentieux contractuel des personnes publiques. On sait que la Haute juridiction permet désormais au cocontractant d'une personne publique de contester la légalité d'une mesure de résiliation d'un contrat et, en conséquence, de demander au juge de prononcer la reprise des relations contractuelles et non plus simplement de demander l'allocation d'indemnités en cas d'illégalité d'une telle mesure. Le Conseil d'État, comme il l'avait fait à l'occasion de l'arrêt Tropic Travaux<sup>(2)</sup> s'agissant du recours en contestation de légalité du contrat par les tiers concurrents évincés, a précisé que ce recours pouvait être assorti d'un référé suspension tiré de l'article L. 521-1 du code de justice administrative<sup>(3)</sup>.

D'avantage que pour les concurrents évincés bénéficiaires du recours Tropic Travaux, le cocontractant d'une personne publique souhaitant l'annulation de la décision de résiliation et la reprise des relations contractuelles doit pouvoir avoir accès au juge du référé suspension, la reprise des relations contractuelles après une longue instance au fond n'ayant que peu d'intérêt et/ou s'avérant juridiquement complexe. Il était donc permis de penser que le juge administratif assouplirait sa jurisprudence relative au référé suspension dans le domaine contractuel dont les exigences très strictes tenant à la démonstration de l'urgence ont abouti progressivement au désintérêt des requérants pour ce type de recours. Au regard de certaines décisions récemment rendues, il semble qu'il n'en aille pas ainsi.

(1) CE 21 mars 2011, req. 304806, Cne de Béziers.

(2) CE 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, req. n°291545 : CP-ACCP, n°70, octobre 2007, p. 40 et s.

(3) Aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « 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 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. »

## Extrait

TA Basse-Terre 7 février 2012, Société Sage Services SARL,  
req. n°1200054

Texte de l'extrait...

## I. L'acception restrictive du référé suspension dans le contentieux contractuel

Si les derniers arrêts Smirgeomes<sup>(4)</sup> s'étaient avérés plutôt favorables aux personnes publiques, respectivement en limitant l'efficacité du référé précontractuel exercé par un candidat évincé d'une procédure de passation d'un contrat public et en soulignant la nécessité de stabilité des relations contractuelles pour «sauver» un contrat pourtant entaché d'illégalité, le Conseil d'État a permis l'émergence, par l'arrêt Béziers II précité, d'un nouveau recours en faveur du cocontractant d'une personne publique.

Dans l'arrêt du 21 mars 2011, Commune de Béziers, le Conseil d'État autorise désormais le cocontractant d'une personne publique à contester, par la voie d'un recours de plein contentieux, les décisions d'exécution d'un contrat émanant d'une personne publique et plus particulièrement une mesure de résiliation. Se trouve ainsi énoncé que :

« Le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité; que, toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles; qu'elle doit exercer ce recours, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure de résiliation [...]. Considérant que, pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse. »

L'opérateur privé est donc ainsi recevable à contester la légalité d'une mesure de résiliation d'un contrat dont il était titulaire dans un délai de deux mois à compter de sa notification, et non plus simplement à demander au juge une réparation indemnitaire du fait du préjudice né de l'illégalité d'une telle mesure<sup>(5)</sup>. Considérant l'illégalité de la décision de résiliation, le juge du plein contentieux peut prononcer la reprise des relations contractuelles après avoir vérifié l'éventuelle atteinte excessive aux intérêts en présence notamment aux intérêts du titulaire avec lequel la personne publique aurait conclu un nouveau contrat pour pallier le terme du contrat objet de la résiliation. Sont ainsi désormais conférés au juge du plein contentieux des pouvoirs étendus, à l'instar de ceux dont il dispose dans le cadre du recours Tropic Travaux c'est-à-dire du recours en contestation de la légalité d'un contrat introduit par les tiers ayant la qualité de concurrents évincés.

Afin d'assurer l'effectivité d'un tel recours, l'ouverture du référé suspension tiré de l'article L. 521-1 du code de justice administrative apparaît primordiale.

Il est constant en effet qu'à l'origine de ce type de recours contre une décision de résiliation, le cocontractant de la personne publique vise au retour rapide de ses relations contractuelles avec la personne publique concernée.

On voit mal, à la fois en pratique et en droit, comment le juge administratif pourrait aisément à la date du jugement au fond, c'est-à-dire une ou deux années après l'introduction de la requête, prononcer la reprise des relations contractuelles alors même que, dans ce laps de temps, la personne publique aura organisé la poursuite de l'exécution du service public, notamment par la conclusion d'un nouveau contrat avec un tiers. Dans son arrêt Béziers II<sup>(6)</sup>, le Conseil d'État a précisé les conditions d'introduction du référé suspension :

« De telles conclusions [NDLR visant à la reprise des relations contractuelles] peuvent être assorties d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution de la résiliation, afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises. [...] Il incombe au juge des référés saisi, sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, de conclusions tendant à la suspension d'une mesure de résiliation, après avoir vérifié que l'exécution du contrat n'est pas devenue sans objet, de prendre en compte, pour apprécier la condition d'urgence, d'une part les atteintes graves et immédiates que la résiliation litigieuse est susceptible de porter à un intérêt public ou aux intérêts du requérant, notamment à sa situation financière ou à l'exercice de son activité, d'autre part l'intérêt général ou l'intérêt de tiers, notamment du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse, qui peut s'attacher à l'exécution immédiate de la mesure de résiliation. »

Restait à connaître les conditions concrètes dans lesquelles le juge administratif serait amené à apprécier, dans les conditions particulières du contentieux de contestation d'une mesure de résiliation, cette condition tenant à l'urgence. Les décisions déjà rendues en application de l'arrêt Tropic Travaux n'incitaient pas à l'optimisme pour les requérants. Dans le cadre d'un référé suspension accompagnant un recours Tropic Travaux, l'urgence ne peut être reconnue que dans les cas où les difficultés financières rencontrées par le requérant du fait de la mesure attaquée «remettrait en cause la survie même de l'entreprise»<sup>(7)</sup>. Il a ainsi pu être souligné que :

« Les tribunaux administratifs ayant eu à connaître de telles demandes ont en effet considéré – preuve de leur réticence – que la perte d'un contrat, quand bien même se traduirait-elle par un préjudice financier important, n'était en définitive qu'un aléa de la vie des affaires qui, en tant que tel, ne caractérisait pas l'urgence. »<sup>(8)</sup>

Le juge administratif a notamment considéré que l'urgence n'était pas constituée alors que le non-renouvellement d'un marché public causerait à une entreprise une perte financière de l'ordre de 20% du chiffre d'affaires et la menace de quatre licenciements<sup>(9)</sup>. À la situation d'urgence, le juge administratif apparaît donc régulièrement opposer les aléas de la vie des affaires. Seule l'atteinte à la survie même de l'entreprise semble pouvoir satisfaire à la condition de l'urgence.

(4) CE 3 octobre 2008, Smirgeomes, req. n°305420 : CP-ACCP, n°83, décembre 2008, p. 29 et s. — CE 28 décembre 2009, Cne de Béziers, req. n° 304802.

(5) Pour la jurisprudence antérieure, voir l'arrêt Centre hospitalier de Moutiers (CE 29 juin 1990, req. n°68025 : RDP 1992, p. 1468) : « Le juge du contrat n'a pas le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation de mesures prises par l'autre partie. »

(6) CE 21 mars 2011, req. 304806, préc.

(7) H. Letellier, « Référé suspension, urgence et violation du délai de «standstill» », CP-ACCP, n°95, janvier 2010, p. 99.

(8) H. Letellier, préc.

(9) TA Chalons-en-Champagne, 28 août 2008, ANPE c/CIBC, req. n°0801856.

De ces différentes décisions découle le sentiment, pour les praticiens, de l'inutilité du référé suspension dans le cadre du recours Tropic Travaux. Les premières décisions rendues sur le référé suspension exercé à l'appui d'un recours en contestation de la légalité d'une mesure de résiliation étaient donc attendues avec intérêt.

## I. Un référé suspension peu accessible dans le cadre du contentieux en contestation de la légalité de la résiliation du contrat

Forts de la jurisprudence Béziers, rééquilibrant sensiblement les rapports entre le cocontractant et l'administration, certains titulaires objets de mesures de résiliation qu'ils considéraient comme illégales, ont introduit des recours en référé suspension à l'encontre de ces décisions. Conscients des termes de l'arrêt du Conseil d'État selon lesquels le juge administratif doit vérifier que sa décision ne porte pas atteinte à « l'intérêt général ou l'intérêt de tiers, notamment du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse », les requérants doivent en effet agir vite afin que les actes pris par la personne publique (conclusion d'un contrat avec un tiers) ne préjudicient pas au succès de leur demande de reprise des relations contractuelles devant le juge du fond. L'intérêt du référé suspension apparaît alors évident.

Une première décision doit être relevée. Laissant entrevoir un accueil plutôt froid au référé suspension Béziers II, le juge du Tribunal administratif de Nantes, dans une ordonnance du 25 mai 2011 a considéré :

« Il résulte de l'instruction que le montant cumulé des deux lots résiliés représente entre 15 et 17 % du montant du chiffre d'affaires annuels de la société, il n'apparaît pas, nonobstant les difficultés économiques et sociales qu'elle est susceptible de connaître provisoirement, que la survie de la société soit mise en péril, compte tenu des autres marchés dont elle assure l'exécution auprès d'autres collectivités publiques ; qu'il suit de là que la société ne peut être regardée comme justifiant de l'existence d'une situation d'urgence au sens des dispositions précitées de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. »<sup>(10)</sup>

Une décision plus récente illustre une position encore plus restrictive, presque fermée, quant à la démonstration de la condition de l'urgence propre au référé suspension Béziers II. Dans cette espèce<sup>(11)</sup>, la société requérante faisait état, pour démontrer l'urgence, d'une perte de chiffre d'affaires de plus de 60 % liée à la perte du marché objet de la résiliation litigieuse. La requérante faisait en outre valoir qu'à cette perte pouvaient s'ajouter les frais qui seraient mis à sa charge, la personne publique ayant résilié aux frais et risques. Le tribunal a rejeté la requête sur le fondement de l'absence d'urgence démontrée en considérant :

« Il n'est pas établi que les décisions litigieuses soient de nature à mettre en péril la santé économique de la Société et de porter atteinte à l'exercice même pour la Société de son activité. »

(10) TA Nantes 25 mai 2011, req. n°1104257.

(11) TA Basse-Terre 7 février 2012, Sté Sage Services SARL, req. n°1200054.

À la lecture de ce considérant, on mesure la difficulté extrême à laquelle seront soumis les candidats au référé suspension d'une décision de résiliation. Littéralement, il s'agira pour ces derniers ni plus ni moins que de démontrer que la résiliation attaquée aura pour conséquence une situation de cessation de paiement. On peut d'ores et déjà affirmer que de ce type de recours en référé se trouvent exclus les entreprises de taille importante.

De manière plus particulière, il est à relever également de cette décision l'analyse économique très poussée – et très sévère pour le requérant – à laquelle se livre le juge administratif pour apprécier concrètement le préjudice financier de la requérante. Ainsi, à l'argument de la perte de plus de 60 % de son chiffre d'affaires, le juge administratif répond que la société aurait dû livrer au tribunal la marge dégagée par l'ensemble des contrats dont elle est bénéficiaire afin d'apprécier l'impact réel de la résiliation contestée.

Outre le fait que cette information n'est pas toujours évidente à rapporter, on voit le contrôle extrêmement poussé effectué par le juge, alors même qu'une perte de plus de 60 % du chiffre d'affaires pouvait faire au moins présumer d'une situation économique de l'entreprise très fragilisée.

Sur le moyen tenant aux conséquences pécuniaires de la résiliation aux frais et risques, le tribunal souligne qu'aucun marché de substitution n'avait été encore lancé, le préjudice pécuniaire n'étant donc pas constitué. Si cet argument peut paraître impaire, il a pour conséquence pour les requérants de ne jamais pouvoir faire état des conséquences financières défavorables (constitutives de l'urgence) d'une résiliation aux frais et risques. En effet, attendre la conclusion d'un marché de substitution pour pouvoir arguer de ces conséquences dommageables, reviendrait au requérant de s'exposer à un rejet de son référé, le Conseil d'État exigeant que le juge vérifie, avant d'annuler la décision de résiliation, si la personne publique n'a pas déjà conclu un nouveau contrat avec un tiers.

Enfin, la résiliation ayant dans cette espèce été prononcée pour faute, la société requérante avait fait état de l'atteinte à son image qui en résultait. Sur ce point, le tribunal lui répond que la démonstration de l'impossibilité de candidater à l'obtention d'attribution d'autres marchés n'est pas apportée.

## Conclusion

De tous ces éléments, conclusion doit être tirée de l'alignement complet du régime du référé suspension Béziers II sur le référé suspension Tropic Travaux, c'est-à-dire de l'exigence de conditions si restrictives que ce type de recours en devient quasiment inutile. Cette position a le mérite d'une application homogène du référé suspension en matière contractuelle. Elle a l'inconvénient de rendre peu effectif le recours en contestation de la légalité d'une mesure de résiliation. En effet, le jour du jugement au fond, le juge, en l'absence de décision préalable de suspension de la résiliation se verra probablement très souvent opposer la conclusion avec un tiers d'un nouveau contrat fragilisant sérieusement le prononcé de la reprise des relations contractuelles. Si cette jurisprudence devait se poursuivre, il est probable que les contentieux relatifs aux décisions de résiliation demeurent de nature indemnitaire. ■