

Commande publique

Le référé conservatoire au secours des acheteurs

L'usage du référé conservatoire dans le domaine contractuel est méconnu. Pourtant, cette procédure peut se révéler un précieux auxiliaire dans la gestion optimisée de l'achat public, sous réserve de respecter cinq conditions.

L'AUTEUR



ETIENNE COLSON,
avocat au barreau
de Lille

Pour obtenir l'expulsion de l'occupant irrégulier de son domaine public, l'administration peut recourir au référé conservatoire (encore appelé référé-mesure utile). Cette procédure permet l'évacuation d'occupants dont la sécurité est menacée par la vétusté du bâtiment public occupé (1); qui entravent le fonctionnement régulier, continu et normal d'un service public administratif (2); ou dont le maintien dans les lieux fait obstacle à l'installation de leurs successeurs (3). L'administration sait aussi pouvoir recourir à ce même référé lorsqu'elle souhaite interdire des travaux publics. Par exemple, saisi d'une demande tendant à enjoindre à une entreprise d'interrompre provisoirement les travaux qu'elle réalise dans le lit d'une rivière, le juge des référés conclut à l'existence d'une situation d'urgence en raison des risques d'atteinte au domaine public fluvial (4). Par suite, il ordonne l'expulsion de l'entreprise occupante. De leur côté, les administrés n'hésitent pas à emprunter la voie du référé conservatoire pour obtenir la communication, par l'administration,

À NOTER

Il suffit que la mesure sollicitée soit requise pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement pour remplir les conditions d'utilité et d'urgence.

de documents nécessaires à la sauvegarde de leurs droits devant la juridiction administrative, et ce, sans passage préalable par la Commission d'accès aux documents administratifs (Cada) (5). Il leur permet aussi d'imposer à l'administration de réaliser des travaux confortatifs sur une maison d'habitation subissant d'importants désordres imputables à l'ouvrage public qui la jouxte (6) ou d'ordonner à titre conservatoire au maire d'une commune de faire dresser procès-verbal d'une infraction aux dispositions du Code de l'urbanisme, de prendre un arrêté interruptif de travaux et d'en transmettre copie au procureur de la République (7). L'usage du référé conservatoire dans le domaine contractuel semble, en revanche, méconnu. Il peut, pourtant, s'avérer fort utile dans l'exécution du contrat (8).

Face au titulaire défaillant d'un marché public, l'acheteur, qui a tout essayé (mises en demeure, pénalités et menaces de résiliation pour faute), peut recourir au référé conservatoire. En effet, selon l'article L.521-3 du Code de justice administrative (CJA), cette procédure permet à une personne pu-

blique de demander au juge administratif (9), de contraindre, le cas échéant sous astreinte, le titulaire du marché à respecter ses engagements contractuels. Le plus souvent, le juge rendra sa décision sous quelques semaines (10).

Cinq conditions préalables

Ne pas avoir renoncé aux autres moyens de contrainte

La condition tenant à l'obligation de l'administration, lorsqu'elle dispose de prérogatives lui permettant de faire exécuter le contrat, de ne pas y renoncer en demandant au juge de prendre à sa place les mesures nécessaires (11), est aisément satisfaite. En effet, lorsque l'administration entend se faire payer par son cocontractant privé, elle peut émettre un titre de perception. En revanche, elle n'a pas le pouvoir de contraindre physiquement un tiers de faire quelque chose. Forcer, par exemple, le titulaire d'un marché de fournitures ou de travaux à honorer sa garantie contractuelle supposera toujours la voie juridictionnelle, l'acheteur public n'étant pas habilité à se faire justice à lui-même. Le référé conservatoire s'avère alors le moyen idoine.

Les conditions d'utilité et d'urgence

Il suffit que la mesure sollicitée soit requise pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement. Deux exemples éclairants peuvent être cités. Il a été jugé qu'il y a urgence à enjoindre au cocontractant de l'administration de procéder à la dépose et à l'enfouissement de câbles, en exécution d'un contrat, dans la mesure où son inertie « faisait obstacle à l'achèvement des travaux d'enfouissement des lignes électriques ainsi qu'à la réalisation des travaux de rénovation des trottoirs, était source de gêne et de danger pour les usagers de la voie publique et empêchait la collectivité publique de solder les marchés en cours » (12).

De même, il a été statué qu'une chambre de commerce et d'industrie, administrant une école de commerce et de gestion, était fondée, en application d'une garantie prévue

dans un contrat de fournitures d'ordinateurs portables, à demander au juge de contraindre son cocontractant « d'assumer la charge matérielle et financière de la réparation des ordinateurs défectueux et, le cas échéant, de mettre à disposition, durant le temps nécessaire à cette réparation, d'autres ordinateurs » (13). Le Conseil d'Etat justifie sa décision par les missions de service public dévolues aux chambres de commerce et d'industrie en matière de formation (14). En clair, le juge considère que les ordinateurs portables constituant des outils de travail nécessaires au bon déroulement des études des élèves de cette école de commerce, leur défectuosité portait évidemment atteinte au service public précité.

Ne pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative

La condition selon laquelle la mesure demandée ne doit faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ne présente pas de difficulté (15). Sans doute l'article L.521-3 du CJA en fait-il un préalable à l'obtention de la mesure demandée. De fait, cette exigence vaut surtout, pour ne pas dire exclusivement, pour les demandes de référé conservatoire aux fins d'expulsion du domaine public ou en vue de prévenir ou de faire cesser un dommage de travaux publics (16). Cela ne correspond pas au sujet étudié. Il y a donc lieu de considérer que cette condition n'est pas imposée à l'administration, lorsqu'elle sollicite du juge du référé administratif d'enjoindre à son cocontractant de respecter ses engagements.

Absence de contestation sérieuse

La dernière condition tenant à l'absence de contestation sérieuse ne pose pas davantage de problème. Elle sera satisfaite dès lors que la mesure demandée au juge découle clairement des obligations prévues dans le contrat (garantie contractuelle, etc.). Elle le sera aussi si l'obligation ne résulte pas du contrat, mais d'une décision modificative de celui-ci imposée par l'administration à son cocontractant (17).

On indiquera encore que le référé conservatoire permet à l'administration, après avoir résilié un marché ou une délégation de service public, de se rappeler au bon souvenir de son ex-cocontractant. La personne publique pourra ainsi demander au juge :

- d'imposer à son ancien cocontractant de restituer à l'administration le matériel nécessaire à la continuation des travaux (18);
 - d'ordonner la remise à disposition d'une commune, par la société concessionnaire du service d'enlèvement des ordures ménagères en règlement judiciaire, de la benne nécessaire à l'exécution de ce service (19);
 - de faire obligation à la société chargée de l'installation et l'exploitation des remontées mécaniques de la station de ski de la commune de Saint-Gervais, de remettre à la commune, après résiliation de la convention lui en confiant la charge, l'ensemble des moyens nécessaires au maintien de la continuité du service public de l'entretien et de la sécurité des pistes de ski (20);
 - d'enjoindre à la société qui s'était vue confier la gestion de dossiers médicaux de les restituer à un hôpital, cette mesure étant « nécessaire à la continuation et au bon fonctionnement du service public hospitalier » (21).
- Est-ce assez dire qu'une telle procédure est un précieux auxiliaire (22) dans la gestion optimisée de l'achat public...

À RETENIR

- **Outil de contrainte.** Le référé conservatoire permet à une personne publique de demander au juge administratif de contraindre, le cas échéant sous astreinte, le titulaire du marché à respecter ses engagements contractuels. Le plus souvent, le juge rendra sa décision sous quelques semaines.

RÉFÉRENCES

Code de justice administrative (CJA), art. L.521-3.

(1) CE, sect., 28 nov. 1980, Société d'exploitation des sous-produits des abattoirs, req. n°24240, Lebon p.452.

(2) CE 28 mars 2003, Assoc. Maison des jeunes et de la culture de Méru, req. n°252448.

(3) CE 17 mars 2008, Najjar c/ Etablissement public national d'enseignement et de formation professionnelle agricoles de Nouvelle-Calédonie, req. n°306461 (à propos de la mise à disposition d'un logement de fonction).

(4) CE, sect. 25 janv. 1980, Sotem, req. n°11514.

(5) CE, ord. 23 juin 2005, Michelet, req. n°281487; CE 29 avr. 2002, req. n°239466, Sté Baggerbedrijf de Boer.

(6) CE, sect. 18 juil. 2006, Elissondo Labat, req. n°283474.

(7) CE, sect., 6 févr. 2004, req. n°256719, M. M.

(8) Et d'un manquement d'autant plus aisé que le Conseil d'Etat admet, s'agissant des référés d'urgence tels que le référé conservatoire, la possibilité pour le représentant d'une personne morale de prendre part à la procédure sans autorisation préalable de l'organe délibérant. Ainsi le maire d'une commune peut-il présenter un référé aux fins d'enjoindre à son cocontractant de satisfaire à ses obligations contractuelles sans être tenu d'obtenir l'autorisation préalable de son conseil municipal. Les mêmes principes s'appliquent aux demandes introduites par les personnes morales de droit privé, telles que sociétés commerciales et associations.

(9) Sur le fondement des articles 1134 et 1142 du Code civil, le juge judiciaire se reconnaît également compétent pour ordonner l'exécution forcée en nature d'un contrat relevant de sa compétence (Cass.civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, Société Librairie générale française, req. n°06-13983).

(10) Le délai moyen de jugement se situe entre 30 et 40 jours au cours des dernières années (32 jours pour 2012), « Le guide des référés administratifs 2013/2014 », Olivier le Bot, guides Dalloz, p.400.

(11) Obligation qui prend sa source dans le principe, toujours en vigueur, selon lequel l'administration est irrecevable à demander au juge, du fond comme celui du référé, de pro-

noncer des mesures qu'elle a le pouvoir de prendre seule (CE, 30 mai 1913, préfet de l'Eure, req. n°49241; pour une application récente, on verra CE, 2 juillet 2007, Cne de Lattes, req. n°294393).

(12) CE 9 juil. 2008, Sté Rhône vision câble, req. n°309878. Dans le même sens : CE, 20 février 2013, CA de Saint-Quentin-en-Yvelines, req. n°364025.

(13) CE 1^{er} mars 2012, Sté Assistance conseil informatique professionnelle, n°354628.

(14) Les écoles rattachées aux chambres de commerce et d'industrie sont considérées comme exerçant une mission de service public (CE 5 avr. 1991, Ecole supérieure de commerce et d'administration des entreprises d'Amiens, req. n°69874).

(15) Voir en ce sens « Le référé mesures utiles en matière contractuelle », Maeva Guillerme, Contrats publics, n°132, mai 2013, p.51.

(16) Encore signalera-t-on qu'en matière de dommages de travaux publics, le Conseil d'Etat fait preuve d'un certain libéralisme puisque, pour prévenir ou faire cesser un dommage incontestablement imputable à des travaux publics, le juge du référé conservatoire peut enjoindre à l'administration la prise en charge de travaux, malgré une décision de refus opposée par la collectivité publique (CE, sect. 18 juil. 2006, req. n°283474).

(17) A propos d'une décision d'un syndicat intercommunal de substituer des rames de tramway au système de trolleybus, initialement prévu au contrat, on verra CE, 5 juillet 2013, Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles, req. n°367760.

(18) CE 30 oct. 1956, OPHLM Dpt Seine, n°37656, Rec. p.343: condamnation sous astreinte à la restitution par un entrepreneur défaillant des matériels nécessaires à la continuation d'un chantier confié à une entreprise se substituant à l'entreprise défaillante.

(19) CE 30 oct. 1963, SARL Sonetra, Lebon, p.520.

(20) CE 9 déc. 1988, Sté Téléphoniques du massif du Mont-Blanc, req. n°92211, Lebon p.438.

(21) CE 29 juil. 2002, CH Armentières, req. n°2435000, Lebon p.307.

(22) Pour les seules personnes morales de droit public, le juge du référé mesures utiles ne pouvant suspendre à la demande du cocontractant de l'administration l'exécution d'un marché public (CE 8 juil. 2009, req. n°320143).