

Le juge du référé suspension et la procédure de passation des marchés publics

The interim suspension judge and the public contracts award procedure

Nabil Bouadjila, MCB, Université Mohamed Cherif Messadia Souk ahras, nabilbouadjila@yahoo.fr

Date de soumission 27/04/2021

Date d'acceptation 30/05/2021

Résumé :

Le présent article met en relief le référé-suspension institué par l'article 919 du code de procédures civiles et administratives qui permet la suspension de tout acte administratif dans l'attente du jugement sur le fond du litige, y compris les décisions administratives relatives à la passation des marchés publics.

Les procédures d'urgence devant le juge administratif conduisent à s'interroger, d'une part sur la possibilité de saisir en matière contractuelle le juge du référé suspension, et d'autre part, en cas de réponse positive à la demande de suspension.

Mots clés: Référé, Suspension, Marché, Public.

Abstract:

This article highlights the summary suspension instituted by article 919 of the code of civil and administrative procedures which allows the suspension of any administrative act pending the judgment on the merits of the dispute, including administrative decisions relating to public procurement. The emergency procedures before the administrative judge lead to questions, on the one hand, about the possibility of bringing a contractual matter before the judge for interim relief, and on the other hand, in the event of a positive response to the suspension request.

Keywords: Referral, Suspension, Contract, Public.

Introduction

La création de procédures propres permettant l'intervention devant le juge administratif à bref délai a imposé de nouvelles procédures de référé pour renforcer l'effectivité de la justice administrative. La loi 08-09 relative aux procédures civiles et administratives a instauré des évolutions profondes avec l'introduction du

référé-liberté et du référé-suspension, qui constituent aujourd'hui les principaux cas de saisine du juge des référés.

Le contentieux des marchés public représente une manière de contrôle exercée sur la façon de gérer les deniers publics, certes ces marchés peuvent être une grande opportunité pour les corrompus vu la complexité de la loi qui régit les marchés publics, surtout pour le juge administratif algérien, peu expérimenté dans ce domaine. Face à ce défi, le législateur algérien a tenté en introduisant les recours en référé administratifs : le référé précontractuel, et le référé contractuel de faire face à la corruption dans les marchés publics dans leurs premières étapes puisque ces recours, s'ils sont recevables, peuvent faire face aux comportements frauduleux, mais peuvent aussi bloquer la passation du marché. Néanmoins, ces recours, aussi efficaces que paraient-ils, ils peuvent en même temps influencer l'activité de l'administration dominée par plusieurs principes cruciaux, tel que la continuité du service public et l'intérêt général qui incombent à l'administration.

Le présent article met en relief le référé-suspension institué par l'article 919 du code de procédures civiles et administratives qui permet la suspension de tout acte administratif dans l'attente du jugement sur le fond du litige, y compris les décisions administratives relatives à la passation des marchés publics.

L'utilisation du référé suspension dans le domaine des marchés publics conduit à s'interroger, d'une part, sur les conditions de recevabilité de ce recours qui donnent au juge administratif un pouvoir discrétionnaire très étendu, et d'autre part, en cas de réponse positive à la demande de suspension, sur les effets de la décision de suspension sur le marché lui-même, compte tenu que ce dernier concerne l'activité de l'administration qui utilise les deniers publics et par son activité, doit assurer un service public.

Une autre problématique se pose concernant la possibilité de combiner le référé-suspension avec le référé précontractuel instauré par l'article 946 du code de procédures civiles et administratives, qui peut être introduit à son tour en matière de marchés publics en cas de manquements aux obligations de publicités et de mise en concurrence.

En préparant cet article, nous avons pu constater que les recherches et la jurisprudence en la matière sont limitées en Algérie citant l'article de Mohamed Afif Bensedik, Les types de référés administratifs conformément à la loi 08-09 du 25 février 2008, contrairement en France où on a trouvé un grand nombre de recherches sur le thème, sans oublier la jurisprudence du conseil d'état français très riche et très innovante.

Suivant la méthode analytique, et pour répondre à cette problématique, il fallait connaître en premier lieu la possibilité de saisine du juge du référé suspension en

matière de marchés publics(chapitre I)où on a évoqué la nature des décisions qui peuvent être l'objet d'intervention du juge du référé suspension et les conditions de sa saisine.

Ensuite, dans le chapitre II on a traité le déroulement de la procédure et les effets de la décision, voire les limites du pouvoir discrétionnaire du juge de référé suspension.

En fin dans le chapitre III, la recherche s'est concentrée sur la possibilité de combiner le référé-suspension avec le référé précontractuel.

Chapitre I- Possibilité de saisine du juge du référé suspension en matière de marchés publics

L'article 919 « Quand un acte administratif, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation totale ou partielle, le juge des référés saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cet acte 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 l'acte. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation de l'acte dans les meilleurs délais ».

Une simple lecture de l'article 919 de la loi 08-09 ne laisse aucun doute que le juge du référé suspension possède un rôle crucial dans le contentieux des marchés publics.

L'analyse de la possibilité de saisine du juge du référé suspension en matière de marchés publics, nécessite l'étude de la Nature des décisions qui peuvent être l'objet d'intervention du juge du référé suspension dans la section I, puis les conditions de la saisine du juge de référé suspension dans la section II.

Section1- Nature des décisions qui peuvent être l'objet d'intervention du juge du référé suspension

Certains chercheurs qualifient le référé suspension de référé par nature, c'est-à-dire une urgence qui eut lieu au cours du procès ou même avant son commencement, et qui nécessite des solutions urgentes sous formes de mesures temporaires, ou conservatrices, ou même des dispositions qui visent à conjurer un danger imminent, ou entraînant une situation ou des résultats qui sont difficiles à rectifier¹.

¹Messaoud Chihoub, Les principes généraux du contentieux administratif, Office des publications universitaires, Alger, 2009, p.133.

Sous-section 1- dans le cadre d'un recours dirigé contre le marché public par un concurrent évincé

Souvent les candidats évincés d'un marché public après la décision d'attribution, préfèrent le recours administratif, ce recours est introduit dans les dix (10) jours à compter de la première publication de l'avis d'attribution provisoire du marché, La commission des marchés compétente prend une décision, dans un délai de quinze (15) jours, à compter de l'expiration du délai de dix (10) jours cité ci-dessous. Cette décision est notifiée au service contractant et au requérant¹. Oumême mieux le requérant évincé peut recourir au juge administratif dans le cadre du référé précontractuel qui est plus utilisé et plus connu², mais limité en cas de violation par l'administration des règles de publicité et de mise en concurrence, qui sont des principes majeures qui régissent la passation des marchés publics dans toutes leurs étapes³. Cette attitude n'empêche que les deux recours peuvent être exercés en parallèle, jurisprudence du conseil d'état français⁴, un référé tendant à la suspension de l'exécution du marché est recevable, vu la condition d'urgence établie⁵.

Le conseil d'état algérien a raisonné autrement, considérant que le juge de plein contentieux est seul compétent pour le contentieux des marchés publics vu que ce genre de contentieux est due aux contrats et des obligations qui incombent aux parties.

Le conseil a estimé que « la demande d'annulation de la décision d'attribution provisoire ou la décision de son annulation n'est pas une décision administrative au sens traditionnel pour faire l'objet d'un recours en annulation, d'un autre côté, l'administration a le droit de résiliation tandis que le candidat n'a que le droit de demander l'indemnité si la résiliation ne résulte pas de sa responsabilité ... »⁶.

Ignorant ainsi la théorie des actes détachables, le conseil d'état algérien dans cet arrêt a méconnu tout droit de recours, en quelque sorte qu'il soit contre la

1 L'article 82 du Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public. JO N°50/215

2 Catherine BERGEAL & Frédéric LENICA, *Le Contentieux des Marchés Publics*, 2e édition, Editions Lemoniteur, Paris, 2010, p.45

3 L'article 05 du Décret présidentiel n° 15-247.

4 Le recours direct des tiers contre le contrat administratif, Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, requête numéro 291545, conclusions Didier Casas: *Revue générale du droit on line*, 2007, numéro 2443, www.revuegeneraledudroit.eu.

5 Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, Arrêt Société Biomérieux, 06/03/2009, 324064, Publié au recueil Lebon, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin>.

6 Arrêt Conseil Etat Algérien, n° 078670 du 06/02/2014.

décision d'attribution provisoire susceptible de recours administratif consacré par le code des marchés publics, ainsi qu'aux recours devant les juridictions administratives, que se soit en demandant son annulation pour excès de pouvoir, ou même en référé précontractuel ou suspension. Il est clair que la décision du conseil d'état est en contradiction avec deux législations : le décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics, et des délégations de service public, et la loi 08/09, ce qui nécessite une vraie révision de sa part.

Sous-section 2- Dans le cadre d'un référé dirigé contre un acte détachable

Toutes les décisions administratives relatives à la conclusion du marché public, peuvent être déférées au juge du référé suspension. S'agit-il de la décision émanant de la commission d'offre, ou la commission d'attribution, ou même la délibération autorisant l'exécutif local à signer un marché.

Section 2-Les conditions de la saisine du juge du référé suspension

Le référé suspension ne peut être exercé que lorsqu'une demande au fond est déjà présentée devant le juge administratif, le recours doit avoir encore un objet. Une série de conditions doivent être remplies.

Le juge des référés autorise la suspension de l'exécution d'un acte administratif si deux autres conditions cumulatives sont réunies : l'existence d'une situation d'urgence, et l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué sur le fond.

Sous-section 1- Les conditions concernant l'objet du recours lui-même et des conditions concernant le requérant.

a- Les conditions concernant le recours

Selon les règles régissantes, le référé suspension (article 919 et suite du CPCA), une demande de référé suspension ne peut être admise que lorsqu'il existe déjà une requête en annulation totale ou partielle et notamment du recours en annulation pour excès de pouvoir, c'est-à-dire elle doit faire également l'objet d'une requête au fond (requête en annulation ou en réformation). En l'absence d'une telle demande, la requête à fin de suspension est atteinte d'une irrecevabilité d'ordre public¹.

1CE, ord., 26 janv. 2007, Assoc. La Providence. <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/les-procedures-durgence-en-droit-administratif>.

La décision doit donc faire grief et ne pas avoir été entièrement exécutée¹, faute de la demande de fond, la demande de suspension est rejetée pour irrecevabilité, ainsi le cas où la demande de fond est irrecevable pour faute de délais, ou vice d'intérêt...etc.

Le référé suspension ne peut être exercé que lorsque le recours a encore un objet, c'est-à-dire si la demande de suspension est introduite après la signature du marché, le juge rejette la demande sur un terrain d'irrecevabilité.

Cette voie de recours permet au juge d'ordonner toute mesure utile qui n'est pas manifestement insusceptible de se rattacher à un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative².

On comprend aisément l'enjeu : vu les délais moyens de jugement (au moins un an), il se pourrait que l'annulation obtenue in fine ne présente plus d'intérêt pour le requérant. Par exemple, dans le cas d'une décision d'annulation du marché public, le requérant qui a un besoin impérieux de se déplacer à titre professionnel, peut difficilement attendre qu'il soit statué sur le bien-fondé de la décision³.

Il importe de prendre en compte que la suspension n'est pas automatiquement accordée : le requérant doit, d'une part, convaincre le juge des référés de l'urgence de la suspension qui représente la deuxième condition.

2-Les conditions qui incombent au requérant :l'urgence

Selon l'article 919 sus visé le requérant doit prouver l'urgence qui justifie la suspension de la décision, par exemple lorsqu'elle a des impacts graves et immédiats sur l'intérêt public, ou à l'intérêt personnel du demandeur, tel que les préjudices financiers graves et immédiats, que cause la décision d'évincer de la candidature une entreprise d'un marché public.

Le juge des référés apprécie la condition d'urgence de façon globale et concrète, à la date à laquelle il se prononce tout en procédant à une balance des intérêts en cause⁴.Le conseil d'état algérien a considéré dans un arrêt que le non-respect de la loi 85/05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé, et l'arrêté ministériel n° 002 du 15/01/2005, qui fixe les modalités

1CE, ord., 19 juin 2001, Mme B : irrecevabilité de la demande de suspension des épreuves d'admissibilité d'un concours, alors que les épreuves d'admission ont eu lieu ; CE, ord., 17 mars 2010, Min. éducation nationale, porte-parole du Gouvernement c/ Mme J, www.conseil-etat.fr

2<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques>

3 <https://www.dalloz.fr/documentation>.

4CE, ord., sect., 19 janv. 2001, Conféd. nat. des radios libres et CE, ord., sect., 28 févr. 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, Sté Sud-Est Assainissement, www.conseil-etat.fr

d'installation d'une pharmacie privée, représente un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué sur le fond¹.

L'urgence ne s'entend pas au sens où le requérant aurait hâte d'être fixé. Il faut qu'elle soit indispensable, en ce que la décision administrative préjudicie de façon suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant, ou aux intérêts qu'il entend défendre².

Le juge appréciera concrètement la situation, notamment à travers les pièces justificatives qui lui auront été transmises. D'une part, en permettant au juge : « de prendre dans les moindres délais, sinon de façon immédiate, les mesures justifiées par l'existence d'une situation d'urgence »³.

L'appréciation de cette condition s'avère, dans cette perspective, modulée, en cas d'urgence particulière, et notamment d'atteinte difficilement réversible à la situation du requérant, l'appréciation doit être adaptée, ce qui lui bénéficie (en matière de référé-suspension⁴).

L'administration peut arguer que l'intérêt public s'oppose à ce que la décision ne soit pas exécutée, notamment en matière de marché public où les enjeux sont sérieux : le temps et l'argent. L'intérêt public est certainement celui le plus difficile à invoquer devant le juge du référé suspension. Pour dire les choses autrement, le juge se laissera rarement convaincre de l'existence d'une urgence qui découlerait de l'atteinte à un intérêt public⁵.

Le Conseil d'Etat français a considéré que la méconnaissance de l'injonction de surseoir à la signature du marché, portait une atteinte grave et immédiate à un intérêt public, attaché au respect d'une décision de justice, et à l'effectivité du référé précontractuel, qui justifiait la suspension de l'exécution du marché litigieux⁶.

En matière contractuelle le juge doit tenir compte à la fois de l'urgence créée par l'atteinte aux intérêts du requérant, que des intérêts publics justifiant que

1 Arrêt Conseil Etat Algérien, n° 103254 DU 23/04/2015. Dans un autre arrêt, le même conseil a jugé que le pourvoi en cassation contre un jugement pénal représente un doute sérieux sur la légalité de l'acte administratif ce qui justifie au juge des référés de suspendre la décision, Arrêt Conseil Etat Algérien n° 091117 DU 18/07/2013.

2 <https://www.dalloz.fr/documentation>

3 René Chapus, Droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien, 13e éd, 2008

4 CE, sect, 14 mars 2001, Ministère de l'intérieur, C/Mme A ,229773 <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques>

5 Pascal Caille, Contentieux administratif – Deuxième Partie – Titre II – Chapitre I, Chapitre I- Les référés urgence: Revue générale du droit *on line*, 2017, numéro 28668 (www.revuegeneraledudroit.eu/p=28668)

6 CE, 6 mars 2009, Société Biomérieux, précité.

l'action de l'administration ne soit pas retardée, il lui revient, en mentionnant tous les éléments ayant déterminé l'urgence, de mettre en balance l'ensemble des intérêts publics et privés en présence, objectivement et globalement¹.

Dans le cadre du référé-suspension, la nouvelle disposition précise que la procédure s'applique même aux décisions de rejet, ce qui implique nécessairement que le juge peut désormais enjoindre l'administration à prendre une décision dans un sens déterminé par lui².

Selon la jurisprudence du conseil d'état français, pour caractériser l'urgence, le juge des référés tient compte de la nature de la voie de recours empruntée, le délai qui lui est imparti pour statuer et de la nécessité de prononcer dans ce délai les mesures demandées³.

Le juge des référés possède un pouvoir discrétionnaire d'admettre selon les circonstances, et les faits qui se présentent devant lui l'urgence invoquée, ainsi que le caractère douteux sur la légalité de la décision administrative attaquée, néanmoins il doit justifier sa décision, les exigences de motivation qui pèsent sur le juge des référés sont plus sommaire sur cette question que sur l'urgence⁴.

Sous-section 2 - Le doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée en annulation

Le législateur a insisté sur le «doute sérieux» de la légalité ; ce qui est peut être compris comme une invitation à accueillir plus largement les demandes, quoiqu'on puisse penser qu'il n'y a rien de plus difficile que de faire la preuve du doute le «doute sérieux» de la légalité⁵.

Le juge doit apprécier si un moyen de la requête est propre, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée⁶. Il ne juge pas le droit, par contre, il s'intéressera à la décision en elle-même et examinera s'il y a un doute sérieux sur sa légalité. Chaque partie doit présenter les arguments qui peuvent convaincre le juge.

1CE, sect., 28 février 2001, Préfet des Alpes Maritime et Société Sud-Est Assainissent, n° 229562, Ibid

2Jean-Luc Rongé, L'évolution du référé administratif, <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2001-7-page-27.htm>

3 Bernard Stirn, Le conseil d'état juge des référés administratifs, et la constitution, Colloque «Justice administrative et Constitution de 1958 » de l'université Paris II Panthéon-Assas, www.conseil-état.fr

4 Catherine BERGEAL & Frederic LENICA, op, cit, p.5.

5Jean-Luc Rongé, op, cit, p.28.

6CE, ord., 13 janv. 2014, Min. éducation nationale, www.conseil-état.fr

Il est mis à présent en mesure de suspendre les effets d'une décision sans avoir de certitude quant à l'illégalité de celle-ci. Ce doute doit découler des moyens développés devant le juge des référés, et il n'appartient pas à celui-ci de se reporter à la requête au principal. Autrement dit, un moyen soulevé devant le juge des référés sans l'avoir été au principal ne peut être pris en compte que pour autant qu'il relève d'une cause juridique déjà ouverte dans le délai du recours contentieux, sauf s'il constitue un moyen d'ordre public¹.

Chapitre II- Le déroulement de la procédure et les effets de la décision

Selon l'article 917 de la loi 08-09, Il est statué en matière de référé par la formation collégiale chargée de statuer sur l'action au fond, telle est la position du conseil d'état algérien dans un arrêt de principe², confirmée par des décisions ultérieures³.

La procédure de référé suspension se déroule conformément aux règles qui régissent les autres sortes de référés, voire les dispositions communes prévues par la loi 08-09.

On entamera d'abord le déroulement de la procédure dans la première section, les effets de la décision de suspension dans la seconde, et la troisième section sera consacrée aux voies de recours.

Section 1- Le déroulement de la procédure

On doit préciser que la même formation qui statue sur l'action au fond soit aussi chargée de la matière de référés. Alors, et contrairement à la situation en France, une juridiction administrative en Algérie en matière de référés ne statue pas avec un seul magistrat compétent dans une affaire quelconque à ce stade⁴.

Une fois introduite, la requête étant recevable, une audience sera fixée. Durant cette dernière, qui sera essentiellement orale, le juge des référés qui ne tranche pas le litige sur le fond peut procéder dans le contexte de son pouvoir d'instruction de demander aux parties des explications et d'informations, en outre, le requérant et l'administration peuvent évoquer des moyens nouveaux tout en respectant le principe du contradictoire. L'assistance d'un avocat est obligatoire vu

1 Pascal Caille, Contentieux administratif, op, cit.

2 Arrêt Conseil état Algérien, Chambres Réunies du 15/06/2004, N°18743, www.conseildetat.dz

3 Arrêt Conseil état Algérien, 28/11/2007, N°041406, www.conseildetat.dz

4 Mohamed Afif Bensedik, Les types de référés administratifs conformément à la loi 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative en Algérie, <https://vilage-justice.com>

notamment l'importance des débats à l'audience. L'ordonnance est rendue en 48Heures en moyenne.

Les délais d'instruction sont raccourcis. Les délais les plus brefs sont donnés aux parties pour produire leurs observations. Ils doivent être rigoureusement observés, faute de quoi il est passé outre sans mise en demeure¹.

Section 2- Les effets de la décision de suspension : Les limites du pouvoir discrétionnaire du juge de référé suspension

Le pouvoir d'injonction du juge est désormais renforcé², vu que le juge des référés peut intervenir du point de vue du fait que les actes peuvent affecter la légalité des décisions administratives selon la compétence qui lui est confiée en vertu de l'article 919 de la loi 08-09, mais il ne s'en sert pas pour apprécier la qualification des faits parce que cela ne relève pas de sa compétence³. Cependant, il est obligé de définir la notion de «doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée» au cas par cas ; dans ce contexte, le juge administratif a refusé d'admettre les charges pénales comme étant des éléments constitutifs des «doutes sérieux»⁴. Certes, les poursuites sur la base de l'un des délits de corruption ne justifient pas la décision d'annulation, le juge administratif étant indépendant, son indépendance doit être relative. La jurisprudence ayant prouvé que le juge administratif prend souvent en compte dans sa réflexion le traitement par le juge pénal des crimes de corruption qui affectent la neutralité et l'intégrité de l'administration, et souvent cela oriente ses décisions.

L'article 919 stipule que lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation de la décision attaquée dans les meilleurs délais, elle prend fin lorsqu'il est statué sur l'objet de la demande. Dans ce cas Le juge de référé constitue, en premier lieu, un juge du provisoire. Il prononce des mesures à la fois conservatoires et provisoires « Le juge des référés ordonne des mesures qui présentent un caractère provisoire »⁵.

Le juge du référé suspension ne saurait annuler une décision administrative, ou enjoindre à l'administration de la retirer, il n'a pas, en principe, le pouvoir

1Pascal Caille, op, cit.

2Jean-Luc Rongé, op,cit, p.29.

3-CE, 18 Septembre 2008, N°320474, Monsieur Jaques A, CE, Juge des référés, 18 Novembre 2008, CE, 20 Janvier 2009, N° 324094, Rapport du service central de prévention de la corruption, 2010, p.163.

4CE, Juge des référés, 10 février 2004, N°263664, Monsieur Yves X, Ibid.

5 Article 918 de la loi 08-09.

d'ordonner autre chose que la suspension de la décision litigieuse. Rien ne lui impose en revanche de suspendre la totalité des effets d'une décision administrative. Il ne tranche pas au principal. L'ordonnance prononçant la suspension des effets d'une décision administrative peut être assortie d'une injonction faite à l'administration de réexaminer la situation du concurrent évincé. Dès lors qu'elle est revêtue de la forme exécutoire, elle doit être exécutée. L'administration ne saurait ainsi contourner l'obligation qui lui est faite de suspendre l'exécution d'une décision administrative en adoptant par la suite une décision identique¹.

Le juge des référés peut, en second lieu, être qualifié de juge de l'évidence ou de la vraisemblance, dont les appréciations font l'objet le cas échéant d'un contrôle plus distant du juge de cassation².

En cas d'avoir ordonner la suspension, les pouvoirs du juge des référés sont limités. Il ne peut pas, sans excéder sa compétence, dans l'attente de l'examen de la demande en annulation, prononcer la suspension de l'exécution totale ou partielle d'une décision administrative.

Si l'exécution de la décision est suspendue, le tribunal administratif saisi du fond du dossier devra statuer dans un délai plus rapide, pour limiter l'insécurité juridique ainsi née. Il peut arriver que la suspension donne à l'administration l'idée de retirer la décision, si elle se trouve convaincue que le tribunal l'annulera à terme³. Si le contrat est signé, le candidat évincé a droit à une action en indemnisation invoquant la validité du contrat ou de l'une de ses clauses, il peut demander également de manière conservatrice d'ordonner la suspension de l'exécution du contrat⁴, alors le référé suspension apparaît complémentaire du référé précontractuel.

Le contrat peut être annulé, si la notification du candidat évincé ne contenait pas la date limite de conclusion, et de signature du contrat, ainsi que, si la date limite de suspension de la conclusion du contrat a été déterminée, malgré cela le contrat a été conclu avant l'expiration de ce délai. La jurisprudence française considère qu'il s'agit là d'une rigueur de la part du juge administratif vu que l'administration peut ne pas mentionner le délai de report de la signature du contrat, mais elle le signe quand même après plusieurs semaines. Le requérant a amplement le temps de présenter un référé précontractuel, rien ne l'empêche.

1 Pascal Caille, op, cit.

2 <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques>

3 <https://www.action-conseils.com/fiches-pratiques>.

4-CE assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n°291545, Rapport du Service Central de lutte contre la corruption, 2007, Chapitre II, www.sccp.fr.

L'annulation du contrat suite au manquement de mention du délai de la conclusion du marché pourrait être un résultat lourd pour l'administration.

Il ressort de cette jurisprudence que le juge souhaite orienter les requérants vers le référé précontractuel¹.

Section 3 : Les voix de recours

La règle générale qui régit les voix de recours en matière administrative résulte de l'article 950 du code de procédures civiles et administratives, stipulant : « Le délai d'appel contre les jugements est de deux (2) mois ; s'agissant des ordonnances de référé il est réduit à quinze (15) jours, sauf dispositions particulières. Ces délais courent à compter de la signification de l'ordonnance ou du jugement à l'intéressé ».

Par contre, et selon l'article 936, le référé suspension ne peut faire l'objet d'aucune voies recours possibles : « Les ordonnances prononcées en application des articles 919, 921 et 922 ci-dessus ne sont susceptibles d'aucune voie de recours », cette position confirmée par le conseil d'état algérien².

En conclusion la décision de suspension n'ouvre à aucune voie de recours ce qui paraît un peu illogique puisqu'on est devant une véritable privation d'un droit au litige à deux degrés qui représente l'un des grands principes du procès équitable³, garantie par l'article 165 de la constitution de 2020 : « La justice est fondée sur les principes de légalité et d'égalité. Elle est accessible à tous. La loi garantit le double degré de juridiction. La loi en précise les conditions et les modalités de son application ». La situation précédente nécessite une révision de la loi 08-09 dans les plus brefs délais, malgré cela, rien n'empêche qu'il y ait également une possibilité d'introduire un nouveau référé, à condition d'avoir de nouveaux éléments à faire valoir. Dès lors, en cassation, seules sont censurées les erreurs de droit manifestes : le Conseil d'État exerce son contrôle⁴.

Parce qu'elles sont provisoires et qu'elles ne peuvent préjudicier au principal, les mesures ordonnées par le juge du référé suspension ne sont pas revêtues de

¹ Florian Linditch, Du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre du référé contractuel, La semaine Juridique, Edition administrations et collectivités territoriales, n° 1.9 Janvier, 2012, LexisNexis, 2012, p.31.

² Arrêt Conseil Etat Algérien, n° 062814 du 01/12/2010, Arrêt Conseil Etat Algérien, n°074854 du 21/06/2012.

³ Quant au législateur français il a prévu pour le référé suspension deux voies de recours : l'appel et pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

⁴ Article 959 du code de procédures civiles et administratives: « Les dispositions relatives aux moyens de cassation prévus à l'article 358 du présent code sont applicables devant le Conseil d'Etat ».

l'autorité de la chose jugée, Malgré cela, l'article 922 stipule que : « Sur demande de toute personne intéressée, le juge des référés peut, à tout moment, au vu de nouvelles exigences, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin »¹.

Chapitre III- Juge du référé suspension et juge du référé précontractuel : La possibilité de combiner les deux référés

Avants d'étudier la possibilité de combiner le référé suspension et le référé précontractuel dans la deuxième section, il faut d'abord les distinguer l'un de l'autre dans la première.

Section 1 : la différence entre les deux recours

L'efficacité de deux recours diffère selon les pouvoirs attribués aux deux juges. Ainsi, à raison des moyens invocables devant le juge du référé suspension dont le champ est plus étendu vu qu'il correspond à celui qu'il est possible d'invoquer devant le juge du fond : juge de l'excès de pouvoir, ou même juge de plein contentieux. Par la sorte, le référé suspension paraît plus efficace que le référé précontractuel, dont l'office du juge est limité au contrôle du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, règle établie explicitement par l'article 946 du code des procédures civiles et administratives².

D'un autre côté, le référé précontractuel ne peut être exercé en dehors des marchés publics ou une délégation de service public, tandis que le référé suspension peut s'exercer en dehors de ces matières, là où les requérants peuvent invoquer des moyens tirés des vices de formes tel que l'incompétence du décideur publique.

Le référé précontractuel ne peut être recevable qu'avant la signature du marché³, tandis que le référé suspension l'est même après.

Section 2 : La possibilité de combiner les deux recours

1Le conseil d'état français a considéré dans un arrêt du 29 juin 2020, SCI Eaux douces, n°435502, en matière de référé suspension que la circonstance que le juge des référés a rejeté une première demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ne fait pas obstacle à ce que le même requérant saisisse ce juge d'une nouvelle demande ayant le même objet, notamment en soulevant des moyens ou en faisant valoir des éléments nouveaux, alors même qu'ils auraient pu lui être soumis dès sa première saisine, d'où la possibilité d'introduire plusieurs référés suspension successifs en cas de moyens nouveaux non connus lors de la première saisine. Sébastien Palmier, <https://www.village-justice.com/articles>.

2Art. 946 de la loi 08-09: « Le tribunal administratif peut être saisi par requête en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats administratifs et des marchés publics ».

3 Arrêt Conseil Etat Algérien n°074854 DU 21/06/2012, www.conseildetat.dz.

Dans l'absence de jurisprudence algérienne dans ce domaine, on peut se référer à la décision du conseil d'état français selon laquelle la combinaison des deux référés (précontractuel et suspension) est possible suite un éventuel chevauchement entre eux.

Certes, le conseil d'état français a choisi de manière libérale le prétoire du juge administratif, en permettant aux requérants de choisir alternativement l'une ou l'autre des voies de droit, mais il leur faut de choisir lequel des juges ils vont saisir, ils doivent préciser la procédure à entamer sans pouvoir les présenter dans une même requête¹.

Dans ce contexte, le juge tient compte de la nature et de l'étendue du contrat et du comportement de l'administration contractante.

Pour remédier à l'insécurité du marché causée par les décisions en référé, le Conseil d'État français a établi le concept du référé précontractuel pratique et non pratique. Il a reconnu la possibilité d'accepter le référé suspension après la passation du contrat par le requérant, qui a fait usage de son droit de recours enréféré précontractuel, avant la conclusion dumarché n'ayant abouti à aucun résultat en raison de son ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché dues au manquement de l'administration à ses obligations Légal².

Le candidat peut bénéficier des deux recours à titre exceptionnel dans le cas où le rejet de son offre ne lui a pas été notifié en violation des dispositions de passation des marchés publics qui obligent l'administration à informer les candidats du rejet de leurs offres, avec un délai qui l'oblige à ne pas signer le contrat avec le candidat retenu.³ Cela permet au reste des candidats de présenter un recours administratif ou d'une demande en référé⁴. Cette demande ne sera possible qu'avec le respect de ce délai.

1Catherine BERGEAL & Frédéric LENICA, op, cit, p.47.

2CE, 10 novembre 2010, Remi Grand, Les passerelles entre référé précontractuel et contractuel, AJDA, Janvier 2012, Edition Dalloz, 2012, p.110.

3CE, 30 Novembre 2011, n°350788, Ste DPM Protection, Jurisdata, n° 2011-026732, Florian Linditch, Du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre du référé contractuel, op, cit, p.29.

4Article 82 du Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public Pour permettre aux requérants d'user de leur droit de recours devant la commission des marchés publics compétente, le service contractant doit communiquer, dans l'avis d'attribution provisoire du marché, les résultats de l'évaluation des offres technique et financière de l'attributaire provisoire du marché public, Le recours est introduit dans les dix jours à compter de la première publication de l'avis d'attribution provisoire du marché dans le bulletin officiel des marchés de l'opérateur public, la presse ou le portail des marchés publics,, Le service contractant est tenu d'inviter, dans l'avis d'attribution provisoire

La demande de référé suspension doit être acceptée après la conclusion du marché pour demander la suspension de son exécution, même s'il a été précédé d'un référé précontractuel n'ayant aucun effet, vu que l'administration¹ ne s'est pas conformée à la notification du candidat du rejet de son offre et a quand même signé le marché pour rendre le référé précontractuel sans objet.

Le recours est recevable, même dans le cas de notification au candidat du rejet de son offre, si l'administration n'a pas précisé la date limite de suspension du contrat avant lequel elle ne peut pas le signer².

Si l'administration signe le contrat, le juge accepte la demande de référé suspension visant à annuler le contrat après sa signature, même s'il avait déjà présenté un référé précontractuel en cours d'examen. Certain voient que cette jurisprudence est à la fois logique et pratique visant la protection des candidats évincés³.

Il s'avère qu'en France, le référé précontractuel ne revêt pas de l'autorité de la chose jugée connue pour le référé suspension⁴.

Il peut sembler que le référé suspension entre en concurrence avec le référé précontractuel, car il n'est pas limité aux parties contractantes et il peut être utilisé pour des raisons autres que la violation des règles de la publicité et de la concurrence. Comparé au référé précontractuel⁵, il est statué sur le référé

du marché, les candidats et les soumissionnaires qui souhaitent prendre connaissance des résultats détaillés de l'évaluation de leurs candidatures, offres technique et financière, à se rapprocher de ses services, au plus tard trois (3) jours à compter du premier jour de la publication de l'attribution provisoire du marché, pour leur communiquer ces résultats, par écrit.

1CE, 10 novembre 2010, Remi Grand, Op, cit, p.110.

2Ainsi, le Conseil d'État français a décidé d'accepter le recours en référé suspension après la conclusion du marché dans le cas où le candidat exclu n'a pas été informé de la date limite d'arrêt du contrat par l'administration contractante. Arrêt Opierioy du 24 juin 2011 et l'Arrêt France Agrimer, Nicolas Lafay, Référé contractuel, les conditions de recevabilité précisées par le juge, Revue contrats publics, n° 117, janvier, 2012, p.94.

3L'arrêt Clean Garden, CE, 02 août, 2011, n°347526, Tribunal Administratif Lille ord, société Ginger CEBTP, n°1004695, Nicolas Lafay, Référé contractuel, les conditions de recevabilité précisées par le juge, Revue contrats publics, n° 117, janvier, 2012, p.92.

4Le législateur français permet au juge de référé d'annuler le contrat en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats administratifs et des marchés publics, ou bien l'annonce relatives au projet n'a pas été publié dans le journal officiel de l'union européenne même s'il a été signé : articles :551-13 à 551-23 du code de justice Administrative.

5Art. 947 : « Le tribunal administratif statue dans un délai de vingt (20) jours à compter de sa saisine sur les demandes qui lui sont présentées en vertu de l'article 946 ci-dessus ».

suspension dans les plus brefs délais, ce dernier a permis de combler les lacunes du référé précontractuel¹, le soutenir² et le compléter.

Dire que le juge se contente d'annuler le contrat administratif lié au contrat sans reconnaître les effets de sa décision sur le processus contractuel trouve sa logique dans ses obligations qui consiste à se limiter aux demandes des parties.

Ce qui est surprenant, c'est que lorsque le législateur algérien autorise le juge de référé de suspendre l'exécution de la décision administrative chaque fois qu'il lui apparaît qu'il y a un aspect particulier qui susciterait de sérieux doutes sur la légalité de la décision (Article 919 de la loi 08-09). Comme si, il lui a accordé le pouvoir d'enquêter, d'apprécier et de décider sur l'exécution de la décision litigieuse, même s'il n'est pas un juge de légalité. Il en va de même pour la décision d'attribution provisoire du marché où le juge de référé possède de nombreux pouvoirs qui soulèvent la question sur la frontière entre le pouvoir du juge des référés et celle du juge de fond, il doit statuer sur la question comme juge de première instance.

Conclusion

L'introduction du législateur du référé suspension a permis de compléter la procédure du référé suspension, chose qui lui a permis d'exercer un contrôle précoce sur les marchés publics, Il adopte désormais une interprétation relativement extensive des pouvoirs qui lui sont attribués tant par le législateur que par le pouvoir réglementaire. Dans ce sens le juge de référé s'est reconnu :

- la possibilité de prononcer la suspension partielle d'un acte administratif
- la suspension de certains des effets de l'acte contractuel (le marché public) ainsi que la suspension temporaire
- Il a recours, à l'injonction

Il peut ordonner des mesures malgré provisoires allant au-delà d'un simple réexamen de la demande dont l'administration était saisie.

Ces résultats nous conduisent à affirmer que le juge de référé suspension malgré les mesures provisoires dont revêt ses ordonnances, peut exercer une influence sur la passation des marchés publics aussi importante que celle du juge de l'excès de pouvoir qui est un juge de fond, mieux encore, ses mesures sont exécutées dans les plus brefs délais. Reste que la preuve de l'urgence pour obtenir un référé suspension est parfois difficile, le juge doit faire l'équilibre entre le doute sur la

¹Gustave Peiser, Contentieux administratif, 14^e édition, Edition Dalloz, 2006, p.153.

²L'arrêt OPAC de Rone du 01/03/2012, François Benêt, Précisions relatives aux conditions de mise en œuvre de référé contractuel, Droit administratif, Revue mensuelle Lexisnexis, Jurisclasseur, mai 2012, Edition Lexisnexis, France, p.22.

légalité de l'acte attaqué et la sécurité juridique qu'exige la passation des marchés publics.

Nous pensons que le contrôle du juge de référé administratif en matière de marchés publics est plus efficace et plus fructueux que celui du juge pénal qui ne peut intervenir que lors de la commission d'un ou plusieurs délits de corruption. Le législateur algérien est fortement invité à renforcer les pouvoirs du juge administratif soit étant un juge de référé ou un juge de fonds.

Liste bibliographique

Textes officiels

- La révision constitutionnelle adoptée par référendum du 1er novembre 2020 promulguée au Journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire de par le Décret présidentiel n° 20-442 du 15 Joumada El Oula 1442 correspondant au 30 décembre 2020.
- Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant Code de procédure civile et administrative, Journal officiel, 2008-04-23, n° 21.
- Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public. JO N°50/215.
- l'ordonnance du 4 mai 2000 Portant sur le Code de justice administrative français, www.legfrance.fr.

Ouvrages

- Catherine BERGEAL & Frédéric LENICA, Le Contentieux des Marchés Publics, 2e édition, Editions Lemoniteur, Paris, 2010.
- Gustave Peiser, Contentieux administratif, 14 ème Edition, Edition Dalloz, 2006.
- Messaaoud Chihoub, Les principes généraux du contentieux administratif, Office des publications universitaires, Alger, 2009.
- René Chapus, Droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien, 13 ème Edition, 2008.

Articles

- Bernard Stirn, Le conseil d'état juge des référés administratifs, et la constitution, Colloque «Justice administrative et Constitution de 1958 » de l'université Paris II Panthéon-Assas.
- Didier Casas: Revue générale du droit *on line*, 2007, numéro 2443.

- François Benêt, Précisions relatives aux conditions de mise en œuvre de référé contractuel, Droit administratif, Revue mensuelle Lexisnexis, Jurisclasseur, mai 2012, Edition Lexisnexis, France.
- Florian Linditch, Du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre du référé contractuel, La semaine Juridique, Edition administrations et collectivités territoriales, n° 1.9 Janvier, 2012, LexisNexis, 2012.
- Jean-Luc Rongé, L'évolution du référé administratif, <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2001-7-page-27.htm>.
- Mohamed Afif Bensedik, Les types de référé administratifs conformément à la loi 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative en Algérie, <https://village-justice.com>.
- Nicolas Lafay, Référé contractuel, les conditions de recevabilité précisées par le juge, Revue contrats publics, n° 117, janvier, 2012
- Pascal Caille, Contentieux administratif, Les référés urgence, Revue générale du droit *on line*, 2017, numéro 28668 www.revuegeneraledudroit.eu/p=28668.
- Remi Grand, Les passerelles entre référé précontractuel et contractuel, AJDA, Janvier 2012, Edition Dalloz, 2012.
- Sébastien Palmier, <https://www.village-justice.com/articles>.

Sites internet

- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://actu.dalloz-etudiant.fr>
- <https://www.conseil-etat.fr>
- <https://www.dalloz.fr/documentation>
- www.revuegeneraledudroit.eu.
- www.conseildetat.dz
- <https://www.action-conseils.com>