

# LE REFERE PRECONTRACTUEL EN POLYNESIE FRANCAISE

*Bernard Poujade\**

---

*The pre-contractual referral procedures under the Code of Administrative Justice vest in a judge alone the power to rule on such things as failures to give due publicity. The procedure is a valued one in practice and the relevant legislation has application in French Polynesia. This article considers the history and operation of the pre-contractual referral procedure as it was elaborated in the French Polynesia case of 7 November 2012.*

*La procédure dite de référé précontractuel, prévue par les articles L. 551-1 à L. 551-12 du Code de justice administrative permet à un juge unique de sanctionner des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. L'auteur prenant appui sur la décision rendue par le juge administratif en Polynésie le 7 novembre 2012, à propos de la passation des marchés revient sur un certain nombre de questions qui se posent à propos de l'utilisation de la procédure de référé précontractuel dans cette collectivité d'outre-mer et souligne que cette procédure n'échappe pas à certaines des contraintes métropolitaines.*

---

L'instauration d'une procédure novatrice dite de référé précontractuel<sup>1</sup>, prévue autrefois aux articles L. 22 et L. 23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et R. 241-21 à R. 241-24 et désormais par les articles L. 551-1 à L. 551-12 du Code de justice administrative a été accueillie avec faveur car elle a marqué un progrès du droit, en confiant à un juge unique le soin de

---

\* Professeur Agrégé des facultés de droit à l'Université Paris Descartes; Avocat à la cour de Paris; Directeur du Bulletin juridique des collectivités locales.

1 Sur le sujet cf entre autres nos articles, «L'article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel: un espoir déçu?» D. 1996. chron. 211; «Le référé précontractuel: un premier bilan», *LPA* mai 1997, n° 58; «Le référé précontractuel», *RFDA* 2002. 279.

sanctionner des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence<sup>2</sup>.

La réforme des procédures d'urgence avec la loi du 30 juin 2000 et le décret du 22 novembre 2000 a maintenu ce «mécanisme révolutionnaire» pour reprendre la formule du Professeur P. Terneyre, tout en remédiant à certaines lacunes graves qui affectaient son efficacité.

La jurisprudence a favorisé l'essor de cette procédure en sanctionnant tout type d'illégalité vénielle ou non dans la mesure elle était en relation avec les obligations de publicité et de mise en concurrence privilégiant au surplus une lecture non littérale du CJA à laquelle l'arrêt précité a mis un coup d'arrêt suscitant des réactions contrastées.

Certains y ont vu un «coup d'arrêt au référé précontractuel»<sup>3</sup> d'autres simplement le retour sur «la voie de la raison»<sup>4</sup>.

La procédure a enfin subi des modifications par l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relatives aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique transposant la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics et par le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009.

L'ordonnance redéfinit le champ d'application du référé précontractuel. Les contrats administratifs susceptibles de faire l'objet d'un référé précontractuel sont, désormais, ceux «ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation ou la délégation d'un service public» (articles L. 551-1 et L. 551-5 du Code de justice administrative). Les contrats de droit privé susceptibles d'un tel recours, sont ceux soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence, passés par les pouvoirs adjudicateurs «ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation» (articles 2 et 5 de l'ordonnance).

---

2 Cf notre commentaire sous CE 3 octobre 2008 Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (Smirgeomes) in Grands arrêts du contentieux administratif 3ème édition Dalloz 2011p 374 et s.

3 P Cassia "Coup d'arrêt au référé précontractuel" AJDA 2008 p 2374.

4 F Llorens P Soler Couteaux "L'arrêt Smirgeomes et la restructuration du contentieux des contrats administratifs: la voie de la raison Contrats et marchés publics" 2008 repère 10.

L'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 en son article 24 a prévu que la procédure de référé précontractuel était applicable en Polynésie française pour faire sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés et contrats publics en vertu de dispositions applicables localement.

En fait elle est venu régulariser comme l'a souligné le rapporteur public M Dacosta<sup>5</sup> (5) des errements antérieurs; car c'est par une ordonnance du 14 mai 2009 portant diverses dispositions d'adaptation du droit outre-mer que le référé précontractuel a été étendu en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les Iles-Wallis-et-Futuna. Cette ordonnance reprenait les dispositions de l'article L. 551-1 du CJA dans sa rédaction antérieure à l'intervention de l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique! Il y a eu pour reprendre son expression «un télescopage des textes» qui a conduit à insérer les dispositions relatives à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et aux Iles-Wallis-et-Futuna à l'article L. 551-22, qui, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 7 mai 2009, ne traitait plus du référé précontractuel mais contractuel. D'où l'intervention de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, et l'apparition de l'article L. 551-24.

Ce référé précontractuel, dans ces trois collectivités, est un référé «ancienne manière»: la saisine du juge n'a pas, par elle-même, d'effet suspensif, et le juge ne peut enjoindre de différer la signature du contrat que pour une durée maximum de vingt jours.

Le référé précontractuel est désormais une procédure utilisée abondamment dans la pratique même si son étoile a pali de la concurrence en métropole d'autres procédures du contentieux de la commande publique comme le recours issu de la jurisprudence *Sté Tropic Travaux Signalisation* ou le référé contractuel qui permet au juge d'intervenir avec une efficacité comparable une fois le contrat signé. La signature du contrat ne fait ainsi plus obstacle à ce que soient sanctionnées les atteintes les plus graves aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Le juge est aussi le juge des référés statuant en premier et dernier ressort avec le pouvoir de prononcer l'annulation ou la résiliation du contrat, d'en réduire la durée ou d'infliger des pénalités financières. Ce recours est applicable aux contrats conclus à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2009. Le Conseil d'Etat est venu préciser que la voie du référé contractuel est fermée au requérant qui a déjà exercé un référé précontractuel sauf si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a méconnu le

---

5 Que je remercie de m'avoir aimablement communiqué ses conclusions.

caractère suspensif de ce recours ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé (CE 19 janvier 2011 Grand Port Maritime du Havre req n°343435) ou si l'entreprise était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics qui prévoit l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum entre cette notification et la conclusion du marché (CE 10 novembre 2010 Etablissement national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer) req n°340944).

En dépit des évolutions jurisprudentielles qui le privent d'une partie de son efficacité, le référé précontractuel reste une procédure clé.

L'affaire lue le 7 novembre 2012 Polynésie française (n°360252) permet de revenir sur un certain nombre de questions qui se posent à propos de l'utilisation de cette procédure en Polynésie française.

## ***I LA RECEVABILITE DU REFERE***

Le Conseil d'État a précisé quelles sont les personnes habilitées à saisir le juge du référé précontractuel. Il s'agit des personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, d'autant que l'arrêt Smirgeomes fait désormais dépendre l'intérêt à agir de l'entreprise évincée de la lésion effectivement subie.

Dans le cas présent il n'y avait pas de difficulté puisque l'entreprise qui avait introduit le référé précontractuel était la société JL Polynésie mandataire d'un groupement d'entreprises dont l'offre avait été rejetée par décision du 7 mai 2012 du ministre de l'équipement et des transports terrestres de la Polynésie française dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché de travaux relatif à l'aménagement du carrefour de la mairie de Punaauia.

Il a déjà été jugé qu'une entreprise, membre d'un groupement ayant présenté une offre, a un intérêt à la conclusion du contrat et est ainsi recevable à saisir le juge, y compris en son nom personnel (CE 18 juin 2010 Commune de Saint Pal de Mons req n°337377).

Le Conseil d'État admet qu'une entreprise non soumissionnaire mais qui en raison de sa spécialité relève du secteur d'activité concerné par l'objet du marché justifie d'un intérêt à agir (CE 8 août 2008 Région de Bourgogne req n°307143 Lebon T. 856 AJDA 2009. 54, note P. Labayle-Pabet et N. Gardères Contrats. et marchés publ. 2008 comm. n° 226 note J.-P. Pietri; CE 5 août 2009 Région Centre req n°307117; CE 29 octobre 2010 Syndicat mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles (Smarov) req n°340212).

## Le Conseil d'Etat a considéré que

Pour faire droit aux conclusions présentées par la société JL Polynésie, le juge des référés a relevé que le manquement ayant consisté à ne pas informer les candidats de l'existence d'un critère de choix des offres d'une particulière importance était constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de concurrence ayant lésé la société JL Polynésie et que, ce faisant, il a implicitement mais nécessairement répondu au moyen tiré par la Polynésie française de ce que la société JL Polynésie n'était pas habilitée à agir sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative.

Le Conseil d'État avait jugé qu'une entreprise pouvait soulever tout manquement même s'il n'avait pas été commis à son détriment (CE 19 oct. 2001, Sté Alsthom Transport SA, n° 233173, Rec T p. 868 RDI 2002. 65, obs. M Degoffé) ou ne lui avait pas directement porté préjudice (CE 28 mai 2003 Assistance publique Hôpitaux de Paris req n°248429) et le rappelait avec constance jusqu'à une date récente nonobstant les critiques formulées par la doctrine (v. CE 8 février 2008, Département de l'Essonne, req. 300275). Mais en rendant la décision Smirgeomes le Conseil d'Etat a choisi d'opérer un revirement de jurisprudence très remarqué, en affirmant qu'il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

Le juge doit donc établir qu'un manquement a effectivement lésé l'entreprise requérante sous peine d'exposer sa décision à la censure (CE 4 novembre 2009 Communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée req n° 327948; CE 14 novembre 2010 Ministre de la Défense req n°341132; CE 5 janvier 2011 Société Technologie Alpine sécurité et Commune de Bonneval sur Arc req n°343206, n° 343214). L'entreprise doit prouver l'existence d'une lésion de ses intérêts directement liée au manquement invoqué (CE 4 février 2009 Communauté urbaine d'Arras req n°312411; CE 6 mars 2009 Commune de Savigny sur Orge req n°315138; CE 10 juillet 2009 Département de l'Aisne req n°324156; CE 19 novembre 2010 Société Veolia Transport urbain req n° 340297). Le fait que la société requérante ait pu présenter une offre conforme à l'objet du marché suffit à établir qu'elle n'a pas souffert ou n'est pas susceptible d'avoir souffert des irrégularités se rapportant à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre (CE 5 novembre 2008 Commune de Saint Nazaire req n°310484 Lebon T p 818; CE 22 juillet 2009 Commune de Nice req n°314258). De même le Conseil d'Etat a insisté sur le fait qu'une entreprise qui n'a pas sollicité d'éclaircissements auprès du pouvoir adjudicateur avant la remise de son offre, peut se voir opposer

cette inertie (CE 8 juillet 2009 Ministre de la Défense req n°316602). Enfin une omission de rubrique sur les recours dans l'avis d'appel public à la concurrence n'est pas susceptible d'avoir lésé une entreprise dès lors qu'il est constant que l'entreprise a pu contester utilement la procédure de passation du marché en saisissant notamment le juge du référé précontractuel (CE 23 juin 2010 Commune de Chatel req n°336910).

Le juge du référé précontractuel avait donc respecté la jurisprudence du Conseil d'Etat en admettant implicitement que JL Polynésie était lésée par le manquement qu'elle invoquait.

## **II LES MOYENS INVOCABLES DEVANT LE JUGE DU REFERE ADMINISTRATIF PRECONTRACTUEL**

Tous les moyens ne sont pas invocables et le Conseil d'Etat a même admis au surplus que certains manquements aux obligations de transparence et de mise en concurrence (en l'occurrence l'obligation d'information des concurrents évincés) peuvent d'ailleurs être régularisés en cours de procédure: «un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction» (CE 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la Région d'Auray Belz Quiberon*, req. 321217, *Contrats et marchés publics*, n° 4, avril 2009, comm. n° 126, note G. Eckert).

La jurisprudence Smirgeomes a fait évoluer la procédure dans un sens incontestablement plus favorable au pouvoir adjudicateur en restreignant la possibilité d'invoquer des vices de forme ou de procédure.

En tout état de cause, pour être admis, les moyens doivent se rapporter aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui résultent du droit national et du droit d'origine communautaire en métropole.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a par touches successives cerné les manquements sanctionnés par le juge du référé précontractuel (cf pour un bilan R Vandermeeren *Actualité et renouveau du référé précontractuel* RJDA 7/09 p 563 et 8-9/09 p 643).

L'appréciation à laquelle se livre le juge est fonction des circonstances d'espèce et dépend de ce que l'entreprise a réellement été lésée par l'irrégularité invoquée.

Il en va ainsi en matière de critères de sélection des offres: est sanctionnée l'absence de critères de sélection ou de pondération des critères annoncés dans les

documents du marché (CE 30 janvier 2009 Agence nationale pour l'emploi req n°290239 Lebon p 3 concl B Dacosta; CE 23 décembre 2009 Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles 328827 Lebon p 502; CE 18 juin 2010 Commune de Saint Pal de Mons req n°337377) mais pas l'absence d'indication de la méthode de notation envisagée pour évaluer les offres au regard des critères de sélection non exigée par les textes (CE 24 février 2010 Communauté de communes de l'Enclave des papes req n°335659; CE 31 mars 2010 Collectivité territoriale de Corse req n°334279; CE 21 mai 2010 Commune de Bordeaux req n°334845).

Dans la présente espèce était justement en cause la méconnaissance, par la personne publique, des règles relatives à la publicité des critères de jugement des offres.

L'article 20 du code des marchés publics de Polynésie prévoit que l'appel d'offres fait connaître, parmi d'autres éléments, «le cas échéant, les éléments de l'offre dont il sera particulièrement tenu compte lors du dépouillement pour l'attribution du marché.»

La formule est beaucoup moins précise qu'en métropole où le code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, d'indiquer dès le début de la procédure la pondération des critères (ou leur hiérarchisation si la pondération n'est pas possible).

Pour les autres marchés, le Conseil d'Etat a jugé que:

Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché (et) que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères.

(CE, Section, 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi, Rec p. 3).

A propos des critères l'article 25 du code polynésien prévoit que:

L'autorité compétente choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante, en tenant compte du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, des garanties professionnelles et financières présentes par chacun des candidats, du délai d'exécution ainsi que du plan de charge des entreprises. L'autorité compétente peut décider que d'autres considérations entrent en ligne de compte; dans ce cas, elles devront avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres.

Ainsi en Polynésie, la collectivité est tenue de prendre en compte l'intégralité des critères figurant à l'article 25, et peut en ajouter d'autres.

La collectivité de Polynésie faisait une lecture à minima des articles 20 et 25 en soutenant que le juge ne pouvait les interpréter au regard des principes généraux du droit de la commande publique, tels que rappelés dans la décision précitée.

Ces principes généraux rappelés par l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics métropolitain (CE 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics Rec p. 71) sont applicables de façon très large (cf pour un marché passé à l'étranger CE 29 juin 2012 Société Pro 2C). C'est qu'entre temps le Conseil constitutionnel les a rattachés aux articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 (cf la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit).

Les principes généraux du droit de la commande publique sont bien applicables en Polynésie. Ils le sont parce que, de façon générale, les principes généraux du droit s'appliquent sur le territoire de cette collectivité (cf par exemple CE, 30 juin 2010, Mme Masson, p. 220). Et ils le sont, au surplus, parce que le législateur organique l'a expressément prévu. Aux termes de l'article 28-1 de la loi organique du 27 février 2004, issue de la loi organique du 7 décembre 2007 :

La Polynésie française fixe les règles applicables à la commande publique de la Polynésie française et de ses établissements publics dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics.

Dans ces conditions le juge du référé précontractuel n'avait pas commis d'erreur de droit en interprétant le code local, et notamment l'article 25, à la lumière de ces principes.

Comme l'a rappelé le rapporteur public «les autorités locales peuvent s'en tenir aux critères prévus par l'article 25 ou en ajouter d'autres. Mais elles doivent, conformément à la jurisprudence ANPE, préciser les conditions de leur mise en œuvre. Si tous les critères sont traités sur un pied d'égalité, il faut l'annoncer; s'ils sont hiérarchisés, ou a fortiori pondérés, la règle du jeu doit également être fixée dès le départ. L'article 25 ne fait aucunement obstacle à une telle approche. A la vérité, l'article qui est plus problématique est l'article 20, lequel, on l'a vu, prévoit que l'avis d'appel d'offres «fait connaître, le cas échéant, les éléments de l'offre dont il sera particulièrement tenu compte». La formule «le cas échéant» pourrait être lue comme permettant à l'avis d'être muet sur ce point, si chaque critère a le même poids; or le silence ne peut être regardé comme équivalent à l'absence de

toute hiérarchisation (cf sur ce point CE, 26 septembre 2012, GIE «Groupement des poursuites extérieures», à mentionner aux tables)).

Le Conseil d'Etat a suivi son rapporteur public en estimant que

Pour assurer le respect de ces principes, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats; qu'en Polynésie française, où les dispositions en vigueur prévoient l'application d'au moins six critères énumérés par l'article 25 du code applicable localement, susceptibles d'être complétés par d'autres critères, le respect des principes fondamentaux de la commande publique implique, dans tous les cas, que le pouvoir adjudicateur fournisse aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en oeuvre des critères d'attribution, y compris lorsque les six critères prévus par le code applicable localement ne sont pas complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération de ces critères, même lorsque leur est attribuée une égale importance; qu'il suit de là que le juge des référés a pu énoncer, sans commettre d'erreur de droit, que l'autorité compétente devait indiquer aux candidats la hiérarchisation des différents critères lorsqu'une telle hiérarchisation était retenue pour le jugement des offres.

L'arrêt est donc essentiel pour la passation des marchés en Polynésie qui n'échappe pas à certaines des contraintes métropolitaines.