

dès lors qu'elles excèdent 20 % du capital ou des droits de vote des sociétés cotées en bourse ou 33,33 % du capital ou des droits de vote des sociétés non cotées en bourse.

On peut craindre que cette réglementation ait subrepticement réintroduit le dispositif censuré par le juge constitutionnel au motif qu'il conférerait au conseil des ministres un trop large pouvoir discrétionnaire.

En effet, la délibération du 21 novembre 1996 ne mentionne aucun motif d'intérêt général justifiant un refus d'autorisation, alors même qu'il eût été aisé d'énumérer quelques motifs de refus comme, par exemple, les investissements dénués de caractère productif et réalisés dans une finalité purement spéculative. Rien de tel. Pour cette raison, la légalité du dispositif apparaît fragile en ce qu'elle confère au conseil des ministres un pouvoir général et absolu dans la mise en œuvre d'une police administrative spéciale qui appelle normalement un encadrement strict.

En outre, cette absence de réel encadrement est aggravée par l'absence de définition de la notion d'investissement étranger. Sur ce point, la réglementation polynésienne des investissements étrangers apparaît en effet doublement lacunaire.

En premier lieu, la réglementation ne définit pas précisément l'élément d'extranéité de l'investissement. Elle s'abstient de préciser s'il y a lieu de qualifier d'étranger un investissement réalisé par une société française sous contrôle étranger ; cette imprécision est d'autant plus gênante que normalement la nationalité d'une société est liée à la localisation de son siège social (*C. com.*, art. L. 210-3, applicable en Polynésie française) ; d'ailleurs, le droit national des investissements étrangers appréhende davantage l'élément d'extranéité au travers du critère de la résidence que de celui de la nationalité. Tel n'est pas le cas du droit polynésien des investissements étrangers. En effet, une circulaire émanant du président de la Polynésie (*Circ. n° 58/PR, 17 mars 1997*) – qui n'est à l'évidence pas simplement interprétative – précise la notion d'extranéité des investissements en indiquant que : « doit être considérée comme étant sous contrôle étranger une société française dont plus de 20 % du capital coté en bourse (ou 33,33 % du capital non coté) est détenu par des étrangers ou par des entreprises françaises elles-mêmes sous contrôle d'étrangers ».

En deuxième lieu, la réglementation des investissements étrangers apparaît imprécise quant à la notion même d'investissement. À défaut de restriction, c'est une acception large de cette notion qui s'est imposée en pratique et qui, à la différence de la réglementation métropolitaine, englobe les acquisitions de biens et de droits immobiliers effectués par des particuliers et non les seuls investissements effectués par les entreprises.

Enfin – *the last but not the least* – on peut se demander si, s'agissant des transactions foncières, le périmètre de la compétence de la Polynésie française en matière de réglementation des investissements étrangers n'a pas été affecté par la révision statutaire du 27 février 2004. En effet, si la compétence du conseil des ministres en matière d'autorisation des investissements étrangers a été maintenue (*L. org. n° 2004-192, 27 févr. 2004, art. 91, 10°*) et que la compétence de l'assemblée de la Polynésie française en ce domaine n'a pas été remise en cause, le législateur a introduit à l'article 19 de loi statutaire une disposition restreignant la compétence de la Polynésie française en matière de contrôle des transferts fonciers. Or, faute de précision, il pourrait être soutenu que la condition de résidence d'une durée suffisante en Polynésie française prévue par cette disposition concerne indistinctement les étrangers et les nationaux ; l'article 19 limiterait dès lors la compétence de la Polynésie française en matière de réglementation des investissements étrangers s'agissant des transactions foncières. Si tel est bien le cas, il se pourrait qu'en ce domaine la Polynésie française doive mettre en conformité sa réglementation sur les investissements étrangers à l'aune des exigences découlant de l'article 19 de la loi statutaire.

De ce qui précède, il paraît loisible de conclure que l'arrêt du 2 février 2011 pourrait comporter une sorte « d'effet boomerang » en ce que l'étude de ses implications révèle les limites du dispositif polynésien de réglementation des investissements étrangers que la « loi du pays » censurée ambitionnait pourtant de renforcer.

Antonino TROIANIELLO,
maître de conférences de droit public à la faculté
des affaires internationales du Havre,
membre du haut conseil de la Polynésie française

Mots-Clés : Outre-mer - Polynésie - Lois du pays - Conventionnalité
JurisClasseur : Administratif, Fasc. 132 et 264

PROCÉDURE

RÉFÉRÉS

41 Premières indications sur le référé contractuel

Premier arrêt de principe sur le régime du référé contractuel, l'arrêt *Grand port maritime du Havre* tranche les controverses en faveur d'un cadre étroit, tant en ce qui concerne la recevabilité des requêtes que la nature des moyens invocables.

CE, 19 janv. 2011, n° 343435, *Grand port maritime du Havre* : JurisData n° 2011-000392 ; Rec. CE 2011

(...)

Considérant, d'une part, qu'il résulte de ces dispositions que sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours

après cette communication et, s'agissant des contrats non soumis à publicité préalable et des contrats non soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat ou n'a pas observé, avant de le signer, ce même délai, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du Code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ;

Considérant, d'autre part, qu'en ce qui concerne l'ensemble des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code ; qu'ainsi, le juge des référés ne peut prononcer la nullité mentionnée à l'article L. 551-18 – c'est-à-dire annuler le contrat – ou, le cas échéant, prendre les autres mesures prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20, que dans les conditions prévues à ces articles ;

Considérant que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir

adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ;

Considérant que le juge du référé contractuel doit également annuler un marché à procédure adaptée, sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, ou prendre l'une des autres mesures mentionnées à l'article L. 551-20 dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ; (...)

NOTE : Créé par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 aux fins de transposer la directive 2007/66 (PE et Cons. UE, dir. 2007/66/CE, 11 déc. 2007), le référé contractuel a, très vite, été la cause de nombreux tourments pour la doctrine et les praticiens. Les ambiguïtés des articles relatifs à ce nouveau recours laissent planer un doute certain quant aux conditions dans lesquelles il pouvait être utilement introduit, suscitant des ordonnances contradictoires sur la mise en œuvre de ce nouveau recours.

Il est vrai que, à la lecture des articles L. 551-13 et L. 551-14 du Code de justice administrative, le référé contractuel pouvait apparaître comme le pendant « post-signature » du référé précontractuel, les personnes habilitées à agir et les contrats visés étant les mêmes dans le cadre des deux recours.

Certes, l'article L. 551-14 interdit le cumul du référé précontractuel et du référé contractuel (du moins lorsque le premier a pu utilement être introduit), et l'article L. 551-15 prévoit, pour certains contrats (marchés négociés, MAPA, contrats fondés sur un accord-cadre et un système d'acquisition dynamique) la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de fermer la voie de ce recours en procédant à des mesures de publicité *ex ante*. Toutefois, pour la doctrine, à l'exception notable du professeur Richer (*Bull. DSP Le Moniteur* n° 2009, avr. 2009), ces spécificités ne semblaient pas remettre en cause le fait que les offices du juge du référé contractuel et du juge du référé précontractuel étaient semblables, et que les requérants pouvaient soumettre à leur censure les mêmes irrégularités, à savoir tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Pourtant, les textes relatifs aux pouvoirs du juge (CJA, art. L. 551-17 et s.) étaient de nature à créer une réelle incertitude quant à son office. En effet, ces articles ne prévoient la mise en œuvre par le juge du référé contractuel de ses pouvoirs de sanction que dans trois hypothèses (V. *infra*). En revanche, aucun article ne précise quelle(s) sanction(s) le juge pourrait prononcer en dehors de ces hypothèses.

Dès lors, deux conceptions du référé contractuel pouvaient être envisagées : soit les articles L. 551-18 et suivants avaient pour seul objet d'encadrer les pouvoirs du juge lorsque celui-ci était saisi de manquements déterminés, soit, ces articles énuméraient limitativement les manquements pouvant être invoqués devant ce juge.

Cette question fut évoquée par le rapporteur public Dacosta dans ses conclusions dans l'affaire *France Agrimer* (CE, 10 nov. 2010, n° 340944 : *JurisData* n° 2010-020831). Toutefois, après avoir rappelé les éléments du « débat », celui-ci s'était abstenu de prendre position estimant que le pourvoi de l'espèce n'exigeait pas que le Conseil d'État aborde cette question, celui-ci suivant cette opinion.

En revanche, dans l'affaire qui a donné lieu à la décision ici commentée, le Conseil d'État ne pouvait s'abstenir de trancher ce délicat point de droit, déterminant pour l'avenir du référé contractuel.

En l'espèce, le Grand port maritime du Havre avait lancé une procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché portant sur la réfection et l'entretien de la porte d'une écluse. Or, c'est posté-

rieurement à la date de signature du marché que les candidats évincés ont été informés du rejet de leurs offres. Saisi par l'un d'eux, le juge du référé contractuel du tribunal administratif de Rouen prononce la nullité du marché estimant que, d'une part ce candidat n'avait pu utilement introduire un référé précontractuel, et d'autre part que l'offre retenue n'était pas conforme au règlement de consultation.

Suivant le sens des conclusions du rapporteur public, M. Boulouis, le Conseil d'État casse, pour erreur de droit, cette ordonnance et, surtout, saisit l'occasion pour livrer un véritable mode d'emploi de ce recours.

Méthodiquement, le Conseil d'État distingue les conditions de recevabilité des moyens invocables dans le cadre du référé contractuel, avant de traiter du cas particulier des MAPA.

1. Recevabilité des requêtes en référé contractuel présentées par les candidats évincés

Afin de déterminer les cas dans lesquels les candidats évincés peuvent saisir le juge du référé contractuel, le Conseil d'État distingue deux hypothèses, selon que le requérant a, ou non, engagé un référé précontractuel avant de saisir le juge du référé contractuel.

Lorsque le requérant a engagé un référé précontractuel, le Conseil d'État rappelle que celui-ci ne peut ensuite saisir le juge du référé contractuel que dans deux cas :

- le pouvoir adjudicateur a signé le contrat en violation de l'obligation de suspendre la signature impliquée par la saisine du juge du référé précontractuel (suspension prévue par les dispositions de CJA, art. L. 551-1 et L. 551-5) ;
- le pouvoir adjudicateur ne s'est pas conformé à la décision rendue par ce même juge.

En revanche, et cela est regrettable, le Conseil d'État ne juge pas utile de rappeler la jurisprudence *France Agrimer* et un troisième cas où, même lorsque le requérant a engagé un référé précontractuel, celui-ci est tout de même recevable à engager un référé contractuel : il s'agit du cas où le candidat introduit un référé précontractuel alors qu'il est dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché en raison du non-respect par le pouvoir adjudicateur des dispositions de l'article 80 du Code des marchés publics (délai de *stand still*).

Lorsque le requérant n'a pas engagé un référé précontractuel, le Conseil d'État rappelle tout d'abord que, en application des dispositions du 1^{er} alinéa de l'article L. 551-15 du Code de justice administrative, pour les contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable (on pense à certains marchés négociés), et pour ceux qui sont soumis à une publicité préalable mais auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus (on pense notamment aux MAPA), les pouvoirs adjudicateurs (ou entités adjudicatrices) peuvent fermer la voie du référé contractuel en rendant public leur intention de conclure le contrat en cause et en observant un délai de onze jours après cette publication avant de signer ledit contrat. Pour reprendre l'expression du rapporteur public, il s'agit d'un « mécanisme de fermeture manuelle ».

En outre, sans doute dans un souci de dresser un panorama exhaustif, le Conseil d'État semble vouloir épuiser les hypothèses dans lesquelles ce recours peut être introduit en décrivant ce qui semble être un « dernier » cas d'ouverture.

En effet, selon le Conseil d'État, outre le préfet et les candidats évincés des contrats visés par l'article L. 551-15 pour lesquels le mécanisme de « fermeture manuelle » n'a pas été mis en œuvre, « sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel (...) les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication ».

A contrario, si l'on suit la lettre de l'arrêt, pour les contrats non concernés par les dispositions de l'article L. 551-15, un candidat évincé sera dans l'impossibilité d'engager un référé contractuel dès lors que, tout à la fois, le pouvoir adjudicateur aura respecté un délai de *stand still* et, de par son attitude, n'aura pas empêché ce candidat d'introduire utilement un référé précontractuel.

La règle de recevabilité ainsi dégagée est indéniablement l'un des apports de la décision *Grand port maritime du Havre*, mais également le principal objet d'interrogations.

D'une part, on peut s'interroger sur le **délaï de onze jours** visé par le Conseil d'État.

Si ce délai de onze jours est celui retenu par le 1^{er} alinéa de l'article L. 551-15 pour le mécanisme de « fermeture manuelle », la « transposition » de ce délai aux contrats n'entrant pas dans le champ d'application de cet article paraît toutefois peu probable.

En effet, les contrats non visés par l'article L. 551-15 sont a priori les marchés passés selon des procédures formalisées ; or, ces marchés sont soumis aux dispositions de l'article 80 du Code des marchés publics qui prévoient qu'un délai « *d'au moins seize jours* » doit être respecté entre la date d'envoi de la notification aux candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre et la date de conclusion du marché (délai de *stand still*), ce délai pouvant toutefois être réduit à « *au moins onze jours* » en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.

Dans la mesure où il semble difficile de concevoir que le délai dont le Conseil d'État prévoit le respect entre la date de la communication de la décision d'attribution et la date de la signature du contrat ne corresponde pas à celui prévu par l'article 80 du Code des marchés publics, on peut penser que celui-ci, en ne visant qu'un unique délai de onze jours, s'est rendu coupable d'une rédaction trop rapide qu'il ne manquera pas de compléter saisi d'un pourvoi lui en donnant l'occasion. En tout état de cause, toute autre interprétation serait nécessairement source de sérieuses difficultés procédurales : en effet, on a du mal à imaginer comment pourraient cohabiter ce délai de onze jours et le délai de *stand still* prévu pour la communication par courrier du rejet des offres (soit seize jours).

D'autre part, l'emploi du mot « *seuls* » laisse perplexe. En effet, une lecture littérale implique que l'on doit considérer que le Conseil d'État épuise les cas dans lesquels les candidats évincés peuvent engager un référé contractuel. Or, au regard des dispositions du Code de justice administrative, et notamment des moyens pouvant être invoqués devant le juge du référé contractuel (V. *infra*), il semble difficile de considérer que dans cette décision, le Conseil d'État a effectivement embrassé tous les cas d'ouverture du référé contractuel.

Certes, le fait de prévoir que, après la signature du contrat, le candidat qui n'aurait pas introduit de référé précontractuel alors que le pouvoir adjudicateur a respecté le délai de *stand still* de l'article 80 du Code des marchés publics, ne devrait pas pouvoir engager un référé contractuel s'inscrit dans une logique dont les ressorts ont été clairement exposés par M. Boulouis dans ses conclusions. En effet, selon ce dernier, le référé contractuel n'est pas un recours ouvert « à ceux qui n'ont pas été empêchés d'une quelconque manière de faire un référé précontractuel, choisissant librement d'attendre la signature du contrat pour obtenir son annulation ou toute autre compensation par la voie du référé contractuel ». En d'autres termes, lorsqu'un candidat aurait pu valablement faire valoir ses droits devant le juge du référé précontractuel, il n'y a aucune raison de lui ouvrir la voie du référé contractuel. Il s'agit ici de respecter l'esprit de la directive 2007/66/CE : privilégier la contestation avant la passation du contrat.

Par ailleurs, M. Boulouis relève que dès lors que des candidats ne pourraient se plaindre d'une méconnaissance du délai de *stand still* ou du délai de suspension automatique de signature du contrat induit par la saisine du juge du référé précontractuel, il serait inutile de leur ouvrir la voie du référé contractuel dans la mesure où « ils ne rempliront par suite aucune des conditions requises pour l'application des articles L. 551-18 ou L. 551-20 ».

Toutefois, le raccourci qui consisterait à poser le principe selon lequel le respect par le pouvoir adjudicateur d'un délai de *stand still* rendrait irrecevable, car inutile, tout référé contractuel nous semble révéler une trop grande distance avec les textes. En effet, à notre sens, ni les dispositions du Code de justice administrative ni celles de la directive 2007/66/CE, ne semblent justifier que le respect d'un tel délai puisse permettre d'empêcher un candidat évincé de saisir le juge du référé contractuel aux fins d'invoquer les violations des obligations de publicité visées par les deux premiers alinéas de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, irrégularités qui, pour rappel, sont d'une telle gravité qu'elles ne peuvent donner

lieu qu'à la nullité du contrat ; or, c'est bien ce à quoi tendrait la décision *Grand port maritime du Havre*.

2. Moyens invocables en référé contractuel

Dès la publication de l'ordonnance du 7 mai 2009, la doctrine s'est divisée sur la question des moyens invocables devant le juge du référé contractuel. Il est vrai que les dispositions transposées dans le Code de justice administrative ne pouvaient que favoriser le partage des voix.

En effet, alors que l'article L. 551-14 prévoit que les personnes habilitées à agir sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements à aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ce qui semble impliquer que tout manquement à ces obligations puisse être invoqué, les articles L. 551-18 à L. 551-20 ne prévoient que les sanctions pour les irrégularités visées à l'article L. 551-18 :

- aucune des mesures de publicités requises pour la passation du contrat n'a été prise ou, alors qu'elle est prescrite, il n'a pas été procédé à une publication au *Journal officiel de l'Union européenne* ;

- ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ;

- le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la période de suspension de la signature consécutive à la saisine du juge du référé précontractuel.

Face aux difficultés posées par la lecture combinée de ces dispositions, deux interprétations ou conceptions se sont donc affrontées.

Une **conception large** (ou extensive) qui consiste à considérer que les dispositions de l'article L. 551-18 auraient pour seul objet d'encadrer les pouvoirs du juge lorsqu'il serait saisi de manquements déterminés, celui-ci recouvrant sa liberté d'appréciation quant à la sanction à prononcer dès lors que seraient invoquées devant lui des irrégularités autres que celles visées à l'article L. 551-18. Toutefois, cette conception se heurte à une difficulté : aucun article ne prévoit quelle(s) sanction(s) le juge peut ou doit prononcer lorsqu'il n'est pas saisi d'une des irrégularités visées à l'article L. 551-18.

Quant à la **conception stricte** (ou restrictive), elle consiste à considérer que le juge du référé contractuel n'est compétent que pour sanctionner les seules irrégularités visées à l'article L. 551-18. Plus conforme à la lettre du texte, cette conception reviendrait toutefois à réduire fortement les cas dans lesquels les candidats évincés pourraient utilement engager un référé contractuel.

Dans ses conclusions dans l'affaire *France Agrimer*, sans prendre position sur la question, M. Dacosta a pu souligner que, d'une part la grande majorité des tribunaux administratifs s'étaient rangés à une conception stricte des moyens invocables (V. notamment, *TA Lyon, ord., 26 mars 2010, n° 1001296, Sté Chenil Service*. – *TA Melun, ord., 29 avr. 2010, n° 10020572, Assoc. Vivre Vite*. – *TA Nantes, ord., 31 mai 2010, n° 1002823, Sté Conseil réseau téléinformatique*. – *TA Lille, ord., 22 juin 2010, n° 1003569, Sté Applications Concept*. – *TA Toulon, ord., 24 juin 2010, n° 1001498, M. Cosseron de Villenoisy*. – *TA Bordeaux, ord., 28 juin 2010, n° 1001950, SARL B. Electric*. – *TA Marseille, ord., 8 juill. 2010, n° 1004015, Sté ESCCOM*. – *TA Nantes, ord., 3 août 2010, n° 104899, Sté Ouest Aménagement*. – *TA Cayenne, ord., 23 août 2010, n° 1000458, Sté Travaux publics de l'Est*. – *TA Melun, ord., 10 nov. 2010, n° 1007144-1, Sté Nord Désamiantage*) et, d'autre part que cette conception permettrait de ne pas bouleverser le « paysage contentieux » en préservant l'intérêt du référé précontractuel et celui du recours en contestation de la validité des contrats (*CE, 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic travaux signalisation : JurisData n° 2007-072199 ; Dr. adm. 2007, repère 7*).

Dans l'affaire *Grand port maritime du Havre*, le Conseil d'État vient consacrer la conception stricte en affirmant clairement que les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, « comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu », « limitativement » définis

aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du Code de justice administrative.

Bien entendu, dans l'hypothèse où un requérant invoquerait la violation du délai de *stand still* ou du délai de suspension de la signature qu'implique l'introduction d'un référé précontractuel, pour obtenir la nullité du contrat, celui-ci devra invoquer d'autres manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence puisque dans cette hypothèse, le juge n'est tenu de prononcer la nullité du contrat que dans la stricte mesure où il est démontré, tout à la fois, que le requérant a été privé du droit d'exercer utilement un référé précontractuel et que les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues « d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ». Toutefois, dans cette hypothèse, ce n'est que dans la mesure où le requérant aura pu utilement invoquer l'une des irrégularités visées à l'article L. 551-18 qu'il pourra « compléter » ses écritures en invoquant d'autres manquements.

Le débat sur les moyens invocables devant le juge du référé contractuel aura donc fait long feu, la solution adoubee par la haute juridiction étant finalement marquée par le sceau de la cohérence et de la fidélité aux textes.

D'une part, cette solution est cohérente avec le choix du Conseil d'État de strictement encadrer les cas de recevabilité des référés contractuels. Ainsi qu'a pu justement le résumer M. Boulouis, le référé contractuel n'est pas un recours « équivalent » au référé précontractuel, que ce soit dans ses effets ou dans son objet.

D'autre part, si les dispositions de l'article L. 551-18 avaient eu pour seul et unique objet d'encadrer les pouvoirs du juge lorsqu'auraient été invoquées devant lui certaines irrégularités (les plus graves), on peut se demander quel aurait été alors l'intérêt des dispositions de l'article L. 551-20 du Code de justice administrative qui énumère de manière exhaustive les sanctions que le juge peut prononcer lorsque les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 551-18 ne sont pas réunies.

3. Cas particulier des MAPA

Une fois les conditions de recevabilité du référé contractuel fixées et les moyens invocables devant le juge clairement identifiés, guidé par les faits du dossier qui lui était soumis, le Conseil d'État se devait de confronter le régime de ce recours au cas particulier des MAPA.

En effet, nous venons de le voir ci-dessus, le non-respect par les pouvoirs adjudicateurs de leur obligation de communiquer aux candidats évincés la décision d'attribution du contrat ou d'observer, avant de signer ledit contrat, un délai de *stand still* à compter de cette communication, constitue une irrégularité de nature, non seulement à ouvrir la voie du référé contractuel, mais également à justifier le prononcé d'une sanction par le juge du référé contractuel.

Toutefois, les juges se sont très vite trouvés face à une difficulté : cette obligation n'est prévue que pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, et ce en vertu de l'article 80 du Code des marchés publics. En revanche, les MAPA ne sont pas soumis à ces dispositions (d'ailleurs, il n'existe pas non plus de disposition équivalente pour la passation des conventions de délégations de service public).

Dès lors, si l'on devait s'en tenir à la lettre des textes, le manquement visé au troisième alinéa de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative ne pourrait être invoqué que pour les marchés passés selon une procédure formalisée.

Certains juges, prenant leurs libertés avec les textes, ont toutefois posé le principe selon lequel, dans le cadre des procédures de passation des MAPA, le respect du droit des

candidats évincés à présenter utilement un référé précontractuel impliquait que les pouvoirs adjudicateurs respectent un « délai raisonnable » entre le moment où l'information du rejet de l'offre est donnée aux candidats et la date de signature du marché (V. notamment : *TA Lyon, ord., 26 mars 2010, préc.* – *TA Nantes, ord., 31 mai 2010, préc.* – *TA Paris, ord., 30 juill. 2010, n° 1012380, Sté Althing*).

Cette solution n'était pas forcément surprenante dès lors que dans la décision *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais (CE, 19 déc. 2007, n° 291487 : JurisData n° 2007-072874)*, amené à appliquer les dispositions de l'article 76 du Code des marchés publics de 2001, le Conseil d'État avait estimé que celles-ci imposaient « nécessairement » que l'information qu'elles prévoyaient soit donnée dans un « délai raisonnable » avant la signature du contrat par la personne responsable du marché afin d'assurer l'effectivité du recours au juge du référé précontractuel.

Toutefois, M. Boulouis, estime qu'on ne peut tirer de cette jurisprudence, qui « s'est bornée à anticiper sous l'empire du CMP 2001 les dispositions de l'article 80 du code 2006 », un « principe non écrit » applicable aux MAPA. En effet, cette solution s'expliquait par la nécessité de respecter la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne interprétant l'ancienne directive « Recours » (*CJCE, 28 oct. 1999, aff. C-81/98, Alcatel Austria AG*). Or, les MAPA sont des contrats qui n'entrent pas dans le champ d'application des directives relatives aux marchés publics : le droit communautaire ne peut donc fournir un fondement à une quelconque obligation de respecter un délai de *stand still* pour la passation de ces contrats.

On aurait pu penser que les principes de la commande publique, rappelés à l'article 1^{er} du Code des marchés publics, ou encore les règles fondamentales du traité qui, selon la Cour de justice implique « notamment, une obligation de transparence » y compris pour les marchés et concessions n'entrant pas dans le champ d'application des directives communautaires (*CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria et Telefonadress*) pouvaient fournir un tel fondement. Toutefois, ni le Conseil d'État, ni le rapporteur public ne semblent avoir estimé que ces principes puissent justifier la création prétorienne d'un délai de *stand still* pour les MAPA.

En tout état de cause, on doit reconnaître que la cohérence supposait une telle solution. En effet, ainsi que M. Boulouis a pu l'indiquer, l'existence d'un « délai raisonnable » devant être obligatoirement respecté pour les MAPA rendrait « inutile et incompréhensible » les dispositions de l'article L. 551-15 du Code de justice administrative permettant la « fermeture manuelle » du référé contractuel pour ces contrats.

Ainsi, concernant les MAPA (cette conclusion devrait également valoir pour les DSP), dans le cadre d'un référé contractuel, seule la constatation de l'un des manquements visés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18 pourrait donner lieu à une sanction. Autant dire que la décision *Grand port maritime du Havre* vient de réduire considérablement l'intérêt du référé contractuel pour ce type de procédure. En fait, dans la mesure où l'écrasante majorité des décisions rendues jusqu'à aujourd'hui en matière de référé contractuel concernait des MAPA, on peut même se demander si cette jurisprudence ne va pas sonner le glas de ce recours...

Cyrille BARDON,
avocat au barreau de Paris
et Yann SIMONNET,
avocat au barreau de Paris

Mots-Clés : Référé - Référé contractuel - Recevabilité - Moyens invocables

JurisClasseur : Administratif, Fasc. 1096