

## Décision du Conseil d'Etat n° 471852 du 09 février 2024

Section du Contentieux

10ème et 9ème chambres réunies

Vu la procédure suivante :

La société Occelia et M. B A ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de la Polynésie française d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative, la procédure de passation d'un marché public d'assistance pour la passation d'un contrat d'affermage du service d'assainissement des eaux usées et d'un contrat d'affermage du service de l'eau industrielle, lancée par la commune de Bora-Bora.

Par une ordonnance n° 2300045 du 21 février 2023, le juge des référés du tribunal administratif de la Polynésie française a rejeté leur demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 3 mars, 17 mars, 13 septembre et 15 décembre 2023 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Occelia et M. A demandent au Conseil d'Etat, dans le dernier état de leurs écritures :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) réglant l'affaire en référé, d'annuler la procédure de passation litigieuse sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative ou d'annuler le contrat litigieux, ou subsidiairement, de le résilier, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;
- 3°) de mettre à la charge de la commune de Bora-Bora la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code de la commande publique ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. David Moreau, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Esther de Moustier, rapporteure publique ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Delamarre, Jéhannin, avocat de la Société Occelia et de M. A et à la SAS Bouilloche, Colin, Stoclet et associés, avocat de la commune de Bora-Bora ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 1er février 2024, présentée par la société Occelia et M. A ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-24 du code de justice administrative : " En Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement 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. / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le haut-commissaire de la République dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés ". Il résulte de ces dispositions que les pouvoirs conférés au juge administratif par la procédure spéciale ainsi instituée ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat.

2. Sur le fondement de ces dispositions, la société Ocellia et M. A ont demandé au juge des référés précontractuels du tribunal administratif de la Polynésie française d'annuler la procédure de passation, lancée le 6 septembre 2022 par la commune de Bora-Bora, d'un marché d'assistance pour le renouvellement du contrat d'affermage de son service d'assainissement des eaux usées (lot n° 1) et du contrat d'affermage de son service de l'eau industrielle (lot n° 2). La société Ocellia et M. A se pourvoient en cassation contre l'ordonnance du 21 février 2023 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de la Polynésie française a rejeté leur demande.

3. Toutefois, il ressort des pièces du dossier que le contrat a été signé le 13 mars 2023 postérieurement à l'introduction du pourvoi. Ainsi, les conclusions de la société Ocellia et de M. A tendant à l'annulation de l'ordonnance du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de la Polynésie française en date du 21 février 2023 sont devenues sans objet.

4. La société Ocellia et M. A, informés de la signature du contrat, ont présenté devant le Conseil d'Etat de nouvelles conclusions tendant à son annulation, sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative relatifs au référé contractuel, lesquels sont applicables en Polynésie française en vertu du 6° de l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, qui dispose que sont applicables de plein droit dans cette collectivité les dispositions législatives et réglementaires ayant trait à la procédure administrative contentieuse.

5. Aux termes de l'article R. 351-4 du code de justice administrative : " Lorsque tout ou partie des conclusions dont est saisi un tribunal administratif, une cour administrative d'appel ou le Conseil d'Etat relève de la compétence d'une de ces juridictions administratives, le tribunal administratif, la cour administrative d'appel ou le Conseil d'Etat, selon le cas, est compétent, nonobstant les règles de répartition des compétences entre juridictions administratives, pour rejeter les conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance, pour constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur tout ou partie des conclusions ou pour rejeter la requête en se fondant sur l'irrecevabilité manifeste de la demande de première instance ".

6. Aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, applicable en Polynésie française ainsi qu'il a été dit au point 4, le référé contractuel " n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours. " Si les articles auxquels se réfère l'article L. 551-14 ne sont pas applicables en Polynésie française, dès lors que le référé précontractuel y est exclusivement régi par l'article L.551-24, cité au point 1, l'article L. 551-14 doit être interprété, pour son application en Polynésie française, comme fermant la voie du référé contractuel lorsque le demandeur a formé un référé précontractuel en application de l'article L. 551-24 et que la personne publique a respecté la suspension de la signature du contrat ordonnée par le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui et s'est conformée à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

7. Il ressort des pièces du dossier que la commune de Bora-Bora n'a signé le marché que postérieurement à l'intervention de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de la Polynésie française rejetant la demande formée par la société Ocellia et M. A sur le fondement de l'article L. 551-4. Leurs conclusions de référé contractuel sont donc manifestement irrecevables.

8. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre une somme à la charge de la société Ocellia et de M. A au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il y a lieu en revanche de mettre à la charge de la commune de Bora-Bora une somme de 1 500 euros à verser à chacun des deux requérants au titre des mêmes dispositions.

D E C I D E :

-----

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur le pourvoi de la société Ocellia et de M. A.

Article 2 : Les conclusions de référé contractuel présentées par la société Ocellia et M. A sont rejetées

Article 3 : La commune de Bora-Bora versera à la société Ocellia et à M. A la somme de 1 500 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la commune de Bora-Bora présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la SAS Ocellia, première dénommée pour les deux requérants, et à la commune de Bora-Bora.

Copie en sera adressée à la société SPEED.

Délibéré à l'issue de la séance du 29 janvier 2024 où siégeaient : M. Rémy Schwartz, président adjoint de la section du contentieux, président ; M. Bertrand Dacosta, Mme Anne Egerszegi, présidents de chambre ; M. Olivier Yeznikian, Mme Rozen Noguellou, M. Nicolas Polge, M. Vincent Dumas, M. Didier Ribes, conseillers d'Etat et M. David Moreau, maître des requêtes-rapporteur.

Rendu le 9 février 2024

Le président :

Signé : M. Rémy Schwartz

Le rapporteur :

Signé : M. David Moreau

La secrétaire :

Signé : Mme Claudine Ramalahanoharana