

N° 416616, COMMUNE DE CHAUMONT

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 4 octobre 2019

Lecture du 21 octobre 2019 - C

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Cinq ans après avoir rejeté le pourvoi formé par la commune de Chaumont contre une ordonnance du juge du référé précontractuel du TA de Châlons-en-Champagne ayant annulé la procédure qu'elle avait lancée en juin 2013 en vue de l'attribution du lot n° 7 « structure métallique – bardages et habillages de pierre » de la construction d'un centre international du graphisme, voici de nouveau discutée devant vous la régularité de la procédure de passation de ce marché, conclu dans l'intervalle, dans le cadre d'un recours en contestation de sa validité formé par la société Ateliers Bois, candidate évincée. Par votre décision du 26 mars 2014 (*Cne de Chaumont*, n° 374387, aux T), vous avez jugé que le juge du référé précontractuel avait eu raison de prononcer l'annulation de la procédure au motif que l'entreprise retenue, la société EDM Projets, avait été placée en redressement judiciaire et ne présentait donc plus les garanties financières suffisantes pour exécuter le marché, alors même que ce placement était intervenu après la remise de son offre et que la commune n'en avait pas connaissance lorsqu'elle l'avait sélectionnée.

La société EDM Projets a ensuite été liquidée, par un jugement du 23 janvier 2014, ses actifs étant repris par une nouvelle société, la société EDM Ateliers de France. Entendant selon ses propres termes « tirer toutes les conséquences de l'ordonnance du juge des référés tout en prenant en compte l'évolution éventuelle de la situation juridique des candidats depuis la date limite de remise des offres », la commune a informé les candidats, parmi lesquels elle a inclus la société EDM Ateliers de France, qu'elle reprenait la procédure au stade de l'analyse des candidatures et des offres, auquel elle avait été annulée, en les invitant à produire toutes informations complémentaires relatives à leur candidature. Elle a cru pouvoir se fonder, pour accueillir la candidature et l'offre de la société EDM Ateliers de France, à laquelle elle a finalement attribué le marché, sur les dispositions du I de l'article 52 du code des marchés publics, alors applicables et reprises pour l'essentiel à l'article R. 2144-2 du CCP, qui permettent au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature, à condition d'en informer les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai.

La candidate évincée n'a pas mieux accepté sa défaite, mais le juge du référé précontractuel a rejeté son recours, au motif que « la société EDM Ateliers de France se présentait non comme une société tierce mais comme le successeur de la société EDM projets désigné par le tribunal de commerce de Paris dans son jugement du 31 décembre 2013. », lequel mentionnait parmi les actifs incorporels et corporels repris le « droit [pour le repreneur] de se présenter comme le successeur de la société EDM Projets ». La commune a donc pu signer le contrat et entreprendre la construction du Centre international du graphisme, qui est aujourd'hui achevé.

Cela n'a pas découragé la pugnace société Ateliers Bois qui a contesté la validité du contrat devant le TA de Châlons-en-Champagne, qui a rejeté son recours pour les mêmes raisons que le juge du référé précontractuel, puis devant la CAA de Nancy qui y a fait droit au motif que la commune n'avait pu régulièrement retenir une candidature nouvelle au cours de la procédure.

Estimant que ce vice était d'une particulière gravité, elle a prononcé l'annulation du marché et, après avoir constaté que l'offre de la société Ateliers Bois avait été jugée financièrement recevable et classée deuxième, a condamné la commune à l'indemniser de son manque à gagner, qu'elle a évalué à 267 832 euros.

A défaut d'avoir un effet sur l'exécution du marché, ce contentieux, qui conserve pour la candidate évincée un intérêt indemnitaire, vous donnera l'occasion de préciser quelques points de droit concernant l'étendue des possibilités de régularisation des candidatures et les conséquences d'un vice tenant à la méconnaissance de règles de passation.

Le premier moyen du pourvoi est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en jugeant que la candidature de la société EDM Ateliers de France était une nouvelle candidature qui ne pouvait régulièrement reprendre l'offre déposée par une autre société alors que, selon la commune, elle avait été autorisée par le jugement du tribunal de commerce à se présenter comme le successeur de la société EDM Projets.

Nous n'avons guère de doutes à vous proposer d'écarter ce moyen. La société EDM Ateliers de France est une société juridiquement distincte de la société EDM Projets, dont elle a seulement repris les actifs listés par le jugement du tribunal de commerce arrêtant le plan de cession. Il ne s'agit donc pas d'un simple changement de dénomination ou d'une modification du capital, mais bien de l'acquisition par une société d'éléments d'actifs d'une autre société, dont la liquidation est ensuite prononcée. Cette cession, c'est l'objectif que lui assigne l'article L. 642-1 du code de commerce, doit certes permettre "le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés". Mais si elle peut avoir notamment pour effet de céder les marchés dont l'entreprise serait déjà titulaire afin d'en poursuivre l'exécution (voyez par exemple, pour le recouvrement de créances liées à un marché public, CE, 29 septembre 2010, *Sté Ateliers Jean Nouvel*, n° 320135), à condition d'une part qu'ils figurent dans les éléments d'actifs cédés, d'autre part que cette cession respecte les règles de la commande publique relatives aux cessions de contrats et obtienne l'accord de la personne publique cocontractante, elle ne saurait avoir pour effet de substituer automatiquement cette nouvelle société à l'ancienne dans les procédures d'attribution de futurs marchés. Une candidature n'est ni contrat ni un élément d'actif cédé. Comme le souligne avec raison la cour, l'autorisation donnée par le jugement du tribunal de commerce à la société cessionnaire de "se présenter comme successeur de la société" liquidée n'a de portée que pour la poursuite de l'activité que cette cession a pour objet d'assurer : elle signifie simplement que la société cessionnaire peut se présenter comme successeur de l'ancienne société auprès de sa clientèle.

Dès lors que la société cessionnaire est une personne morale distincte, tant juridiquement que par ses capacités techniques, professionnelles et financières, sa candidature était une candidature nouvelle qui ne pouvait être présentée au cours de la procédure, après la date limite de réception des candidatures, qui était en l'occurrence fixée au 18 septembre 2013, date à laquelle la société EDM Ateliers France n'existait pas encore. L'article 52 du code des marchés publics, qui, comme nous l'avons dit, permet seulement aux candidats, sous certaines conditions, de compléter ou de régulariser leur dossier de candidature, n'autorise donc pas le pouvoir adjudicateur à accepter une candidature nouvelle.

Le deuxième moyen critique, sous les angles de l'erreur de droit et de l'inexacte qualification juridique des faits, l'annulation du marché que la cour a prononcée en conséquence de l'irrégularité qu'elle avait constatée, à bon droit comme nous vous proposons de le juger. La commune requérante reproche notamment à la cour d'avoir justifié cette mesure par "la particulière gravité du vice relevé au point 8, qui a affecté le choix de l'attributaire, et n'est pas régularisable", alors qu'en l'absence de

toute volonté de favoriser la société attributaire, une irrégularité de procédure n'est pas de nature à entraîner l'annulation du contrat.

Votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* (n° 358994, p. 70, concl. B. Dacosta), réserve l'annulation du contrat, sanction la plus forte que le juge peut décider puisqu'elle fait disparaître rétroactivement le contrat, à la double condition que son contenu soit illicite ou qu'il "se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office" et que cette annulation ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des contractants. Cette réduction des causes d'annulation du contrat aux vices les plus graves est, vous le savez, l'une des évolutions majeures de l'office du juge du contrat tel que vous l'avez recomposé depuis votre décision d'Assemblée *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009. Alors qu'auparavant toute irrégularité affectant le contrat entraînait son annulation, elle ne peut désormais être prononcée, que le juge soit saisi par les parties ou par des tiers, que s'il est entaché de l'un des vices que nous venons de mentionner.

Les deux premières catégories sont assez bien circonscrites : L'illicéité du contenu du contrat porte, comme vous l'avez récemment précisé, sur l'objet même du contrat qui doit être contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement (CE, 9 novembre 2018, *Sté Cerba et CNAM*, n° 420654, au rec). Les vices de consentement s'entendent des irrégularités affectant la compétence de la personne publique signataire du contrat ou, comme en matière civile, la validité du consentement des parties, à l'exclusion des manquements aux règles de passation (28 juin 2019, *Sté Plastic omnium systèmes urbains*, n° 420776, aux T notamment sur ce point). Ce n'est donc qu'au titre de sa particulière gravité qu'un manquement aux règles de transparence et de mise en concurrence peut entraîner l'annulation du contrat. Cette formulation est moins précise que les précédentes mais ce que vous aviez en vue en la retenant et la jurisprudence relative à son application permettent aujourd'hui d'en fixer assez clairement les contours.

Vous avez conçu ce cas d'annulation, dont la formulation a d'ailleurs légèrement évolué depuis votre décision de principe, comme une exception à la règle générale selon laquelle les manquements aux règles de passation du contrat n'entraînent pas la nullité du contrat, car la voie contentieuse normale pour les sanctionner est celle des référés, précontractuel et contractuel. Vous n'avez cependant pas voulu exclure complètement la possibilité pour le juge du contrat de prononcer l'annulation d'un contrat qui serait entaché d'une irrégularité d'une gravité telle, notamment par la qualification pénale qu'elle pourrait recevoir, qu'il serait inadmissible que le juge puisse être conduit à faire application du contrat, ne serait-ce que pour le passé. D'où la sanction de l'annulation et son caractère d'ordre public.

Votre jurisprudence confirme qu'un manquement, aussi important soit-il, à ces règles de passation, ne saurait être regardé comme d'une particulière gravité, s'il ne s'accompagne pas de circonstances lui conférant une dimension quasi-pénale. Ainsi, plusieurs de vos décisions ont exclu cette qualification en présence de méconnaissance de règles de transparence et de mise en concurrence pourtant graves, pouvant aller jusqu'à l'absence totale de mise en concurrence (12 janvier 2011, *M...*, n° 338551, au rec ; *Sté des autoroutes du Nord et de l'est de la France*, n° 332136, du même jour ; CE, 19 janvier 2011, *Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains*, n° 332330, aux T, s'agissant d'une délégation de service public ; CE, 23 mai 2011, *Dépt de la Guyane*, n° 314715, aux T ; CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, n° 371455). Ces décisions ont certes été rendues dans le cadre de contestations de la validité du contrat par une partie au contrat. Mais d'autres décisions rendues dans le cadre de contentieux formés par des tiers montrent que vous avez la même conception de ce cas d'irrégularité qui est formulé dans les mêmes termes. Ainsi, à propos des conséquences à tirer de l'annulation de la délibération détachable du contrat fondée sur l'absence d'information des candidats sur les critères de sélection des offres, vous

avez jugé, tout en soulignant que ce vice avait "affecté gravement la régularité de la mise en concurrence et la légalité du choix du délégataire", que "cette illégalité, qui n'affecte ni le consentement de la personne publique ni le bien fondé de la délégation de ces services publics, et en l'absence de toutes circonstances particulières révélant **notamment** une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, ne justifie pas que soit recherchée une résolution des conventions" (CE, 10 décembre 2012, *Sté Lyonnaise des eaux France*, n° 355127, aux T). Si l'adverbe "notamment" préserve judicieusement l'avenir, c'est jusqu'à présent toujours l'hypothèse du favoritisme que vous avez eu en vue, soit pour l'écarter (décision *sté SMC2*, n° 382148, aux T), soit, une seule fois, pour le retenir, certes dans le cadre contentieux antérieur à la décision *Département de Tarn-et-Garonne*, mais sur recours d'un tiers, candidat évincé : vous avez prononcé l'annulation du contrat au motif qu'il "résulte de l'instruction que les vices entachant la convention litigieuse, tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, révèlent également, en l'état de l'instruction, une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ont affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire" (CE, 15 mars 2019, *SA Gardéenne d'économie mixte*, n° 413584, au rec). Ce n'est évidemment pas par hasard que vous avez indiqué que les irrégularités de passation révélaient **également** une volonté de favoritisme, soulignant ainsi que la particulière gravité du vice ne saurait tenir à l'importance de la règle de passation qui a été méconnue mais au contexte factuel de sa méconnaissance, susceptible d'entraîner une qualification pénale.

En l'espèce, la cour nous semble avoir méconnu ces principes puisqu'elle a estimé, pour justifier l'annulation du contrat, que le vice entachant le contrat était d'une particulière gravité au motif non pas qu'il révélait, au surplus, une volonté de favoriser l'entreprise retenue, mais qu'il avait affecté le choix de l'attributaire, ce qui est d'ailleurs le cas de toute irrégularité susceptible d'être utilement invoquée. Vous pourrez donc censurer le raisonnement de la cour, sur le terrain de l'erreur de droit pour n'avoir pas recherché si le manquement révélait notamment une volonté de favoriser la société irrégulièrement retenue (CE, 28 juin 2019, *Sté Plastic omnium systèmes urbains*, précitée) ou sur celui de l'erreur de qualification juridique des faits de la gravité du vice (CE, 10 février 2016, *Soc. SMC2 et autres*, précitée). Mais le premier nous semble mieux correspondre à l'erreur commise.

Si vous partagez cet avis, vous annulerez l'arrêt de la cour en tant qu'il a prononcé l'annulation du marché. Celui-ci étant complètement exécuté, il n'y a plus lieu de prononcer sa résiliation. Vous pourrez donc régler l'affaire au fond pour rejeter ces conclusions.

Les derniers moyens portent sur l'indemnisation du manque à gagner de la candidate évincée que la cour a définie par application des principes issus de votre jurisprudence *Groupeement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Soc. Biwater et Soc. Aqua TP* du 18 juin 2003 (n° 249630, aux T). Après avoir constaté que l'offre de la société Ateliers Bois avait été jugée financièrement recevable et classée deuxième, elle a jugé qu'elle avait eu des chances sérieuses de remporter le marché et lui a accordé l'indemnisation de son manque à gagner.

Le moyen tiré de ce que l'offre de la société Ateliers Bois était inacceptable, ce qui ferait effectivement obstacle à ce qu'elle soit regardée comme ayant eu une chance d'obtenir le marché, est nouveau en cassation. La commune se bornait devant les juges du fond à indiquer que l'offre était supérieure aux estimations du maître d'oeuvre, ce qui ne l'entache pas d'irrégularité.

Les deux moyens critiquant la détermination du montant de l'indemnité ne sont pas fondés. La cour n'a pas commis d'erreur de droit dans l'évaluation du taux de marge nette de la société. Contrairement à ce que soutient la commune, elle ne s'est pas uniquement fondée sur une attestation de l'expert comptable de la société mais aussi sur le contenu de l'offre de la société. En l'absence de contestation sérieuse de ces éléments par la commune, elle n'était pas tenue de mettre en oeuvre ses

pouvoirs d'instruction pour établir ce taux. Aucune dénaturation ne peut donc lui être reprochée sur ce point.

EPCMNC : - Annulation de l'article 2 de l'arrêt attaqué et au rejet des conclusions de la société Atelier Bois tendant à l'annulation du marché;

- Rejet du surplus des conclusions du pourvoi, y compris ses conclusions au titre des frais de l'instance, puisque la commune perd pour l'essentiel.

- Vous pourrez en revanche mettre à la charge de la commune le versement à la société Atelier Bois, qui gagne pour l'essentiel, d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.