

N°s 454341 et 454896

**Commune de Ramatuelle
Société Tropezina Becha Development**

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

**Séance du 9 mars 2022
Décision du 28 mars 2022**

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, Rapporteur publique

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous permettra de préciser dans quelle mesure l'irrégularité d'une offre doit ou non engendrer la résiliation du contrat par le juge, dans le cadre d'un contentieux Tarn-et-Garonne¹.

1. En 2017, le préfet du Var a accordé à la commune de Ramatuelle la concession de la plage de Pampelonne pour une durée de 12 ans à compter du 1^{er} janvier 2019.

La commune a engagé, en juin 2017, une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution de sous-traités de concession du service public balnéaire.

Six sociétés ont soumis une candidature à l'attribution du lot n° H3d. La commune a attribué ce lot à la société Tropezina et le traité de sous-concession a été conclu pour une durée de 12 ans, du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2030.

Saisi par la société Sud-Est, concurrente évincée, le tribunal administratif de Toulon, en décembre 2020, a décidé la résiliation du sous-traité d'exploitation conclu, à effet différé de 3 mois. La cour administrative d'appel de Marseille, par un arrêt du 27 juin 2021, a annulé ce jugement pour un motif d'irrégularité mais elle a confirmé, après évocation, la résiliation, à compter du 30 septembre 2021.

La société Tropezina et la commune de Ramatuelle se pourvoient en cassation contre cet arrêt. Elles ont également demandé le sursis à exécution de l'arrêt, qui a été accordé.

2. Précisons rapidement que nous partageons l'analyse de la cour s'agissant de l'intérêt lésé dont se prévalait la société évincée.

¹ Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, au Recueil

Comme vous le savez, l'ouverture, permise aux tiers, du recours contre le contrat a pour contrepartie une appréciation stricte des intérêts concernés par la relation contractuelle. Un tiers, ne peut, dans le cadre de la jurisprudence Tarn-et-Garonne, se prévaloir que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont il se prévaut.

Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé ne peut utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction (Section, 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport, n° 383149, au Recueil)².

En l'espèce, la société évincée exploitait déjà un sous-traité de concession et son offre a été classée en 4^{ème} position, alors que les trois premières offres ont été admises à la négociation. Certes, le règlement de la consultation n'imposait pas l'admission d'un nombre minimal de candidats à la négociation avec la commune et seules deux offres auraient ainsi pu être admises. Toutefois, dans la mesure où trois offres ont été admises, la société Sud-Est peut légitimement penser que si une offre ne l'avait pas été, elle l'aurait, quant à elle, été.

3. Venons-en à la question du vice et de ses conséquences en termes de résiliation du contrat.

Dans le cadre de la jurisprudence Tarn-et-Garonne, lorsque le juge constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, il doit en apprécier l'importance et les conséquences.

Selon leur nature, il peut décider :

- soit que la poursuite de l'exécution du contrat est possible,
- soit inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe,
- soit, en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il doit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit son annulation, cette dernière étant conditionnée au contenu illicite ou à l'existence d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité.

Autrement dit, la résiliation correspond au cas où le juge estime que la poursuite de l'exécution du contrat n'est pas possible et que les irrégularités ne sont pas régularisables (par les parties, devant lui), sans pour autant être d'un niveau de gravité tel qu'elles justifient l'annulation.

Dans quelle mesure ce vice peut-il concerner la procédure de passation ?

Vous avez déjà jugé que le vice tiré de ce que la candidature d'une société ne pouvait être légalement retenue ne justifiait pas l'annulation du contrat (21 octobre 2016, Commune de Chaumont, n° 416616, inédit ; 28 juin 2019, Société Plastic Omnium systèmes urbains, n°

² Une limite a été posée à cet égard s'agissant du concurrent évincé dont l'offre a été écartée à bon droit comme irrégulière, qui ne saurait alors soulever un moyen critiquant les appréciations des autres offres (9 novembre 2018, Société CERBA et CNAM, n°s 420654 et 420663, au Recueil).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

420776, aux Tables sur ce point), mais vous ne vous êtes pas encore prononcé sur la résiliation dans cette hypothèse.

Si le juge constate que l'offre retenue comporte une irrégularité qui pouvait être régularisée au stade de la passation du contrat, mais qui ne l'a pas été, deux grandes options peuvent être envisagées.

La première, dans l'esprit de l'arrêt attaqué, consiste à considérer que l'irrégularité d'une candidature ou d'une offre est un vice de nature à justifier la résiliation, y compris si ce vice était régularisable par la personne publique mais qu'il ne l'a pas été.

Cette option présente, en première approche, trois intérêts.

D'abord, traitant identiquement toutes les irrégularités, elle est simple, évitant aux juges du fond d'avoir à déterminer celles qui seraient ou non mineures ou vénielles. Elle permet, en outre, de donner toute sa portée aux exigences du règlement de la consultation. Elle a, enfin, le mérite de la cohérence avec ce que vous jugez en référé précontractuel.

Elle présente toutefois un inconvénient majeur : elle engendre une conséquence lourde, la résiliation, y compris pour des vices que le juge pourrait, a posteriori, considérer lui-même comme mineurs.

La seconde option consiste alors à retenir une approche différenciée selon l'importance de l'irrégularité : la résiliation par le juge ne serait alors pas justifiée s'il constate que le vice était mineur ou formel. De deux choses l'une :

- soit la régularisation est possible devant lui et il est remédié à l'irrégularité. Mais cette option semble assez théorique du fait du décalage temporel avec la procédure de passation. Ce qui était irrégulier sans être régularisé au moment de la passation nous semble difficilement pouvoir être, plusieurs mois voire années après, considéré comme régularisé formellement alors que la passation a eu lieu dans ces conditions,
- soit bien que l'irrégularité ne puisse être régularisée devant le juge, il peut estimer qu'elle n'a pas une portée telle qu'elle justifie de résilier le contrat.

Cette option est permise par la jurisprudence Tarn-et-Garonne mais vous n'avez pas encore vraiment eu à déterminer si elle signifiait que certaines irrégularités non régularisées ne devaient pas, au regard de leur caractère mineur, engendrer la résiliation.

Il s'agit d'un raisonnement de type « Danthony » adapté aux enjeux contractuels. Il présente un avantage certain, à savoir la prise en compte du caractère substantiel ou non de l'irrégularité, permettant de fonder la résiliation pour des cas qui le justifient vraiment, mais de ne pas affecter la stabilité contractuelle quand cela n'apparaît, à l'évidence, pas justifié, ex post, après la signature du contrat et alors que son exécution est en cours.

Ce raisonnement pourrait, si l'on transpose les deux branches de la jurisprudence Danthony, conduire à regarder comme substantiels les vices qui soit étaient susceptibles de modifier l'appréciation de l'acheteur public, soit ont porté atteinte à l'égalité de traitement des

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

candidats. Mais la première branche ne nous semble pas pouvoir être retenue, puisque précisément la personne publique est, dans l'hypothèse qui nous intéresse, déjà passée outre une irrégularité, à tort. C'est donc en termes d'atteinte à l'égalité de traitement des candidats (le pendant de la privation de garantie dans Danthony) que la limite doit être posée : il s'agirait, par exemple, de considérer que la poursuite de l'exécution n'est pas possible dans le cas d'une offre ne respectant pas une prescription technique importante du règlement de la consultation ou d'une candidature dont l'incomplétude ne permettait pas d'apprécier également les capacités du candidat.

C'est d'ailleurs cette raison tenant à l'égalité de traitement qui vous a conduit, dans le cadre de la jurisprudence antérieure à Tarn-et-Garonne, s'agissant de l'acte détachable, à distinguer les vices de passation du contrat et les vices affectant exclusivement l'acte par lequel la collectivité publique donne son consentement. Les premiers étaient considérés comme non régularisables, à l'inverse des seconds.

Cette distinction, exposée par le Président Dacosta dans ses conclusions sur la décision Commune de Divonne-les-Bains (8 juin 2011, n° 327515, au Recueil), soulignant que l'illégalité tenant au respect des règles de publicité et de mise en concurrence n'autorisait pas la régularisation, a été rappelée par Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision Syndicat mixte Flandre Morinie (28 janvier 2013, n° 358302, aux Tables), une irrégularité portant sur les règles de passation affectant le contrat lui-même.

Cette forme de « danthonysation » ne serait ainsi pas fondamentalement différente de cette approche antérieure à Tarn-et-Garonne du fait de la même préoccupation tenant à l'égalité de traitement, avec toutefois la palette de solution désormais offerte au juge, permettant d'éviter une remise en cause trop systématique de l'exécution du contrat.

Deux arguments pourraient toutefois nous être opposés.

Le premier est que le contentieux Tarn-et-Garonne ne serait pas, sur ce point, aligné sur celui du référé précontractuel. Toutefois, ceci se conçoit parfaitement au regard de l'objet différent de ces deux recours, ainsi que de leur temporalité respective. Non seulement les parties ne disposent pas des mêmes informations selon le moment du recours, mais le juge doit aussi avoir un regard différent selon qu'il intervient au moment de la passation ou en aval. Cette dichotomie nous paraît inhérente à l'objet même des deux recours, sans qu'une similarité doive nécessairement être recherchée.

Le second est qu'il ne faudrait pas, en regardant certaines irrégularités comme non substantielles, que vous donniez un signal de « relâchement », là où la rigueur est nécessaire pour le respect des règles de passation. Mais, s'il nous semble devoir être pris en compte, ce signal doit concerner toutes les irrégularités substantielles de nature à justifier la résiliation.

Finalement, l'esprit même de la jurisprudence Tarn et Garonne est précisément, via la diversité de solutions dont dispose le juge, non seulement de lui permettre mais même d'exiger de lui qu'il réalise ce travail de qualification du vice et des effets qu'il doit entraîner sur la poursuite de l'exécution.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

4. Qu'en est-il en l'espèce ?

Conformément aux articles 19 et 23 du décret du 1^{er} février 2016, aujourd'hui codifiés aux articles R. 3123-16 et R. 3123-21 du code de la commande publique, le règlement de la consultation (article 6.3) obligeait le candidat à présenter sa candidature en déposant le formulaire DC 1, dûment complété et signé.

Le règlement peut ainsi comprendre des exigences tenant à la forme sous laquelle les candidatures et les offres doivent être déposées par les opérateurs économiques et l'acheteur public peut ainsi exiger l'utilisation de formulaires préétablis (10 mai 2006, Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise, n° 286644, au Recueil).

L'administration ne peut attribuer un marché à un candidat qui n'en respecte pas les prescriptions (23 novembre 2005, Société Axialogic, n° 267494, aux Tables sur ce point) et elle n'est jamais tenue d'inviter à régulariser (18 décembre 2020, Société Architecture Studio, n° 429768, aux Tables sur ce point).

En l'espèce, l'imprimé DC1 remis par Tropezina n'était pas signé et n'était que partiellement renseigné. La commune aurait pu l'inviter à régulariser sa candidature³, mais elle ne l'a pas fait, sans d'ailleurs que l'on en comprenne la raison.

L'absence de signature de ce formulaire pourrait peut-être être regardée avec clémence, dans la mesure où une lettre de soumission du dossier est signée par ailleurs, mais cela ne va pas de soi. Vous avez en effet déjà jugé que la circonstance que ce formulaire ne soit signé que par l'une des sociétés membres d'un groupement constituait une irrégularité de nature à entraîner son rejet à défaut de régularisation (3 octobre 2012, Département des Hauts-de-Seine, n° 359921, aux Tables).

Surtout, l'incomplétude du formulaire pose difficulté, au regard de son contenu, garantissant notamment que l'entreprise ne faisait pas l'objet d'une procédure d'exclusion (cas l'interdisant de soumissionner prévus aux articles 45 à 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015).

A ce stade, le vice est caractérisé. Les candidats peuvent certes s'exonérer de certaines exigences du règlement de la consultation si elles sont manifestement dépourvues de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres (22 mai 2019, Société Corsica Ferries, n° 426763, aux Tables sur ce point), mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

La commune aurait donc dû soit inviter à une régularisation, soit écarter cette candidature, comme l'a relevé la cour sans erreur de droit sur ce point.

Toutefois, la cour s'est contentée de relever que ce vice existait, sans en caractériser l'importance, et elle a estimé que la régularisation s'imposait automatiquement. Elle a précisé

³ comme le lui permettaient les dispositions de l'article 22 du décret du 1^{er} février 2016

qu'à supposer même que le contenu des autres pièces produites par Tropezina à l'appui de son offre était de nature à pallier les manques entachant le formulaire DC1, l'offre était irrégulière et que ce vice ne pouvait pas être régularisé devant le TA. En se dispensant de rechercher s'il justifiait la résiliation, elle a commis une erreur de droit, justifiant l'annulation de l'arrêt.

5. Le règlement de l'affaire au fond vous permettra d'illustrer l'application de la jurisprudence Tarn-et-Garonne.

La régularisation devant le juge n'étant pas possible, pour les raisons déjà indiquées, devez-vous envisager la poursuite de l'exécution du contrat ou, au contraire, sa résiliation, du fait de l'absence de signature du formulaire DC1 et de son caractère incomplet ?

Le fait de cocher une case relative à l'absence de procédure d'exclusion revient à une forme d'attestation sur l'honneur, du moins a une valeur déclarative importante en elle-même. Elle pourrait être réalisée sur papier libre, sans que l'offre soit regardée comme irrégulière si le contenu était identique. Mais tel n'était pas le cas, en tout état de cause, en l'espèce.

En outre, cette irrégularité ne nous paraît pas pouvoir être compensée par la présence d'autres éléments qui figuraient au dossier, telles que des attestations fiscales et sociales et des extraits de casiers judiciaires, qui contraignent la personne publique –puis le juge le cas échéant - à vérifier si elle dispose ainsi d'une information équivalente, alors que l'objet du formulaire est de lui donner une réponse rapide et exhaustive. En l'espèce, on ne sait pas, par exemple, si une cause d'exclusion liée à un éventuel travail dissimulé existait ou non.

A l'heure du renforcement de la prévention des conflits d'intérêt et de la sanction des atteintes à l'impartialité, comme l'a montré votre décision Collectivité de Corse (25 novembre 2021, Collectivité de Corse, n° 454466, au Recueil), il nous semble important de veiller à ce que de telles exigences tenant à la non-exclusion des marchés publics soient strictement respectées.

En l'espèce, l'irrégularité relevée ne peut être considérée comme mineure et elle justifie donc la résiliation du contrat. Aucun autre moyen ne justifie, en revanche, son annulation du contrat.

Enfin, vous pourriez envisager un effet différé de la résiliation, après l'été, afin de ne pas perturber la préparation de la nouvelle saison. Mais il ne nous semble pas s'imposer, puisque la résiliation n'interviendra pas en pleine période d'activité - même si la saison démarre tôt - et qu'une nouvelle procédure peut être passée dans des délais rapides, comme le montre la pratique sur d'autres sous-concessions de plage. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire de prévoir un différé court, de quelques semaines, pour le seul démontage des installations, car c'est une conséquence de la résiliation.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des articles 2, 3 et 4 de l'arrêt du 27 juin 2021 de la CAA de Marseille
- à ce que le traité de sous-concession conclu le 19 octobre 2018 entre la commune de Ramatuelle et la société Tropezina Beach Development soit résilié

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- à ce que la commune de Ramatuelle et la société Tropezina Beach Development versent à la société Sud Est la somme de 3 500 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du CJA
- au rejet du surplus des conclusions des parties.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.