

N° 432590

Port autonome de Nouvelle-Calédonie

N° 432782

Société d'économie mixte de la baie de Moselle (SODEMO)

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 6 décembre 2019

Lecture du 18 décembre 2019

Conclusions

Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Cette affaire vous conduira à préciser votre jurisprudence sur le principe d'impartialité dans le cadre de la passation d'une délégation de service public.

1. Par un contrat de concession conclu en 1987 et arrivé à expiration en 2012, l'aménagement et la gestion du port de plaisance dit « Sunset Marina » en Nouvelle-Calédonie ont été confiés à la société Sunset Promotions par le Port autonome de Nouvelle-Calédonie, établissement public à caractère industriel et commercial territorial. La procédure de nouvelle délégation de service public a été lancée au début de l'année 2018. Dans la phase intermédiaire (longue phase intermédiaire), le gérant de la société Sunset Promotions a continué à assurer la gestion des affaires courantes, sur le fondement d'une autorisation d'occupation temporaire conventionnelle du domaine public.

Le nouveau contrat a été attribué à la société d'économie mixte de la baie de la Moselle (SODEMO) en avril 2019. L'autre candidat qui avait été admis à présenter une offre, la SARL Sunset Marina a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie qui, par une ordonnance du 27 juin dernier, a annulé l'ensemble de la procédure. Il a retenu un manque d'impartialité du Port autonome de Nouvelle –Calédonie en estimant qu'il avait manifesté une volonté délibérée de favoriser un candidat.

Vous êtes saisis de deux pourvois contre cette ordonnance, par le Port autonome et par la société attributaire, la SODEMO.

2. Précisons d'emblée que s'agissant de la Nouvelle-Calédonie, le référé précontractuel est régi par les dispositions de l'article L. 551-24 du code de justice administrative. S'agissant des règles de passation des délégations de service public, l'article 92 de la loi organique statutaire n° 99-209 du 19 mars 1999 rend applicables au territoire de la Nouvelle-Calédonie et à ses établissements publics – comme c'est le cas du Port autonome de Nouvelle-Calédonie,

EPIC territorial - les articles L. 1411-1 à L. 1411-3 du code général des collectivités territoriales, avec certaines adaptations.

3. Nous abordons directement la question principale qui vous est posée, relative au principe d'impartialité, sur laquelle plusieurs moyens des deux pourvois sont soulevés.

Le juge du référé a vu une telle atteinte à ce principe du fait de que le délai a été prorogé à la demande d'un candidat qui se trouvait avoir un lien capitalistique avec le Port autonome.

Le principe d'impartialité s'impose évidemment à toute autorité administrative et dans de nombreuses sphères de l'action publique. En matière de marchés publics et de concessions, il trouve un terrain de développement privilégié puisque la rencontre d'une demande publique et d'une offre privée suppose, par essence, une telle vigilance.

Vous avez qualifié le principe d'impartialité de principe général du droit s'appliquant à la commande publique par votre décision Société Applicam (14 octobre 2015, n° 390968, aux Tables, conclusions Gilles Pellissier). Sa méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et peut être invoquée devant le juge du référé précontractuel. En cassation, vous exercez, outre un contrôle d'erreur de droit, un contrôle de qualification juridique sur le respect de ce principe lors de la passation d'un contrat public (12 septembre 2018, SIOM, n° 420454, aux Tables).

Un tel principe a vocation à s'appliquer évidemment avec la même rigueur en matière de marchés publics et en matière de concessions. La CJUE exige que l'impartialité des procédures de délégation de service public soit garantie en faveur de tout soumissionnaire¹.

Vous contrôlez, à cet égard, l'existence d'une volonté de la personne publique de favoriser un candidat : 10 décembre 2012, Société Lyonnaise des eaux France, n° 355127, aux Tables et récemment votre décision Société anonyme gardéenne d'économie mixte (15 mars 2019, n° 413584, au Recueil, conclusions Olivier Henrard).

Ce principe est susceptible d'être méconnu en raison d'un conflit d'intérêts². Le pouvoir adjudicateur doit ainsi veiller à ce que les personnes ayant un rôle déterminant dans la procédure de passation d'un marché ne se trouvent pas dans une telle situation. La nature, l'intensité et l'ancienneté des liens directs ou indirects entre la personne participant à la procédure d'attribution et l'entreprise candidate, qu'ils soient actuels, passés, financiers, économiques, personnels ou familiaux est ainsi prise en compte (19 mars 2012, SA Groupe Partouche, n° 341562, aux Tables sur un autre point).

¹ 7 décembre 2000, aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, paragraphe 62

² Le conflit d'intérêts désigne une situation d'interférence dans laquelle une personne chargée d'une mission publique a également des intérêts privés ou d'autres intérêts publics qui peuvent influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de cette mission. J-B Auby, *Conflits d'intérêts et droit administratif*, Dr adm. 2010. Etude 24

Pour être établi, il ne suffit toutefois évidemment pas de s'arrêter aux apparences. Le juge apprécie *in concreto* l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts ou de la méconnaissance du principe d'impartialité.

Une atteinte à l'impartialité ne peut ainsi résulter de la seule circonstance que la personne publique soit actionnaire de l'un des candidats. Vous l'avez déjà jugé s'agissant de la candidature d'une société dont un membre du conseil municipal était actionnaire en estimant qu'elle ne devait pas être automatiquement exclue (9 mai 2012, Commune de Saint-Maur-des-Fossés, n° 355756, au Recueil). Il ne nous paraît pas possible d'interdire à une entreprise de candidater, ou à un pouvoir adjudicateur de retenir son offre pour le seul motif d'un lien capitalistique. Une telle conception « jusqu'au boutiste » ne serait guère tenable, ni d'ailleurs souhaitable puisqu'elle conduirait à empêcher les sociétés d'économie mixte dont la collectivité est actionnaire de candidater à l'obtention d'une délégation de service public.

4. Qu'en est-il en l'espèce ?

Le juge du référé s'est fondé sur le cumul de deux éléments, à savoir le report du délai de remise des offres définitives et ce, sur la demande d'une société détenant des liens capitalistiques avec l'autorité délégante.

S'agissant des liens unissant la SODEMO et le Port autonome, ils ne suffisent pas à caractériser par eux-mêmes une atteinte au principe d'impartialité. Plus précisément et outre ce lien organique, le mémoire en défense met en exergue la circonstance que certains membres du conseil d'administration de la SODEMO sont également administrateurs du Port autonome et que lors de la séance au cours de laquelle la délégation a été attribuée à la SODEMO, les membres du conseil d'administration de cette dernière étaient présents et ont assisté à la délibération. Ce dernier point n'a pas été relevé par le juge des référés qui s'est fondé sur les seuls autres éléments pour caractériser un manquement au principe d'impartialité. Mais pour vous donner une vision complète de la situation, disons d'emblée que le procès-verbal de cette séance indique expressément que ces personnes n'ont pas été autorisés à participer aux débats et aux votes relatifs à l'attribution de la délégation de service public.

La prorogation du délai de remise des offres à la demande d'un candidat pose une question un peu plus délicate.

Dans le cadre de la souplesse de la passation d'une délégation de service public, la personne publique délégante recourt à une libre négociation à partir des offres présentées. Elle n'est pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociation. Et lorsqu'un délai de remise des offres définitives a été fixé, vous avez jugé que le délai peut être prorogé, sous réserve que tous les candidats bénéficient du même délai (15 juin 2001, Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin de Ré, n° 223481, au Recueil ; 26 mars 2014, Société Dalkia France, société SVD 41, n° 374438).

Vous avez par ailleurs jugé, s'agissant de la date limite de validité des offres, que l'autorité délégante n'était pas tenue de fixer une date limite, mais que dans le cas où elle le faisait, le

délai ainsi fixé ne pouvait être prolongé qu'avec l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre et sous certaines réserves. Vous avez toutefois précisé qu'un tel accord pouvait résulter notamment, selon les circonstances de l'espèce, de la poursuite par les candidats des négociations avec l'autorité délégante (24 juin 2011, Commune de Bourgoin-Jallieu, n° 347889, aux Tables). Dans ses conclusions sur cette décision, le Pdt Boulouis souligne que lorsque la procédure autorise une négociation des offres avec les candidats, « le concept de durée de validité des offres lui-même perd de sa pertinence pour céder au moins partiellement sa place à une application directe du principe d'égalité ». Ce qui compte est de savoir si les candidats sont d'accord pour continuer à négocier, dans des conditions respectueuses du principe d'égalité, « c'est-à-dire avec la même règle du jeu pour tous. Et cette volonté peut se manifester implicitement ».

Un accord de tous les candidats est-il nécessaire s'agissant, cette fois, de la prorogation du délai de remise des offres ? Peut-il être tacite et comment le vérifier selon qu'il s'agit du délai de remise des offres initiales ou des offres définitives ?

Dans l'esprit de la décision Bourgoin-Jallieu, nous pensons que l'expression d'un accord des autres candidats est également une exigence vertueuse s'agissant du délai de remise des offres, mais qu'elle peut être tacite.

Ainsi, si les candidats sont tous informés de cette prorogation, si évidemment le délai est prorogé pour tous et qu'ils ne s'y opposent pas, qui plus est, s'ils utilisent ce nouveau délai en remettant leur offre ultérieurement, alors ils ne peuvent ensuite, selon nous, utilement soutenir que cette prorogation a été faite sans leur accord.

Ceci vaudrait pour les offres définitives et, s'agissant des offres initiales, dès lors que les candidats ne se sont pas opposés à cette prorogation –quand bien même ils ont remis leur offre à la date initialement prévue – et ont ensuite participé aux négociations, alors ils ne peuvent, à notre sens, utilement soutenir un moyen tiré de la prorogation du délai devant le juge.

En l'espèce, la société Sunset Marina fait valoir que la société SODEMO a attendu le 27 septembre 2018, soit quinze jours avant l'échéance du délai de remise des offres initiales, pour faire une demande de pièces complémentaires, alors qu'il lui était, selon elle, loisible de le faire dès l'envoi des documents de consultation aux candidats, le 10 juillet 2018.

Le juge du référé n'a pas, en l'espèce, recherché si l'autre candidat avait donné son accord à cette prolongation, même tacite. Il a estimé que le principe d'impartialité était méconnu du seul fait de cette prolongation à la demande d'un candidat ayant des liens capitalistiques avec la personne publique.

Or, conformément à votre jurisprudence existante, le report de ce délai a concerné tous les candidats, ce qui a ainsi préservé l'égalité de traitement entre eux. De plus, tel est le cas aussi en l'espèce en application du principe que nous vous proposons, puisque l'autre candidat ne s'est pas opposé à la prorogation, a utilisé ce nouveau délai et a participé aux négociations.

Au surplus, le report demandé par la société SODEMO était justifié par des raisons objectives. L'exploitant sortant – dont le gérant était M. Van Peteghem, représentant de l'autre société candidate à la nouvelle délégation de service public – disposait de pièces qui ne figuraient pas dans les documents de consultation et qui étaient importantes pour la remise d'une offre répondant utilement aux besoins du Port autonome (portant notamment sur la fourniture des contrats en cours, sur le chiffrage de travaux de réhabilitation nécessaires, ou encore sur des cessions survenues entre plaisanciers).

Si la société SODEMO n'avait pu accéder à ces documents détenus par le gérant de l'ancienne exploitation devenu candidat, il aurait fallu y voir une possible atteinte au principe d'égalité. Cette asymétrie d'information entre l'entrant et le sortant constitue une circonstance supplémentaire conduisant à ne pas censurer la procédure suivie, dès lors que l'autre candidat a été informé de ce report, ne s'y est pas opposé et l'a même utilisé.

Au total, l'ordonnance nous paraît entachée d'une erreur de qualification juridique à avoir retenu une méconnaissance du principe d'impartialité. Nous vous proposons donc de l'annuler.

5. Vous pourrez régler l'affaire au titre de la procédure de référé, sur laquelle nous souhaitons attirer plus particulièrement votre attention sur deux points.

Premièrement, la recevabilité du référé précontractuel est contestée, au motif qu'il a été présenté non par la personne morale, mais par son dirigeant.

L'article L. 551-24 du code de justice administrative dispose que « *En Nouvelle-Calédonie (...) les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement* ».

Ainsi que le souligne le Pr Chapus, « les institutions ou groupements de personnes doivent avoir la personnalité morale (ou juridique) pour être capables d'agir en justice. Le principe est certain.(...) interprété raisonnablement, il n'exclut pas la recevabilité des recours exercés par des institutions « en voie de formation » qui ne font qu'anticiper leur accession à la capacité juridique »³.

Vous avez déjà jugé que le représentant, personne physique, d'une société en voie de formation était recevable à agir en justice pour faire valoir les droits de cette société, qui n'est pas encore dotée de la personnalité morale (17 octobre 2016, Commune d'Hyères les Palmiers et Mme Maestracci, n° 400172, aux Tables sur un autre point). Vous avez aussi fait application de la notion de société en cours de constitution pour la présentation d'une offre pour une délégation de service public (19 décembre 2012, Département de l'Aveyron, n° 354873, aux Tables).

Le juge judiciaire, en application de l'article L. 210-6 du code de commerce, applicable en Nouvelle-Calédonie, retient également que les sociétés en cours de constitution n'ont pas

³ Droit du contentieux administratif, p. 441

d'existence juridique avant leur immatriculation et ne peuvent donc agir en justice avant cette date. Les personnes qui agissent au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis.

En l'espèce, lorsque M. Van Peteghem a saisi le juge des référés, la société était en cours de constitution. Et il n'y a pas de doute sur le fait qu'il en était le représentant. Il avait donc la capacité à agir au nom de cette société en cours de constitution, son intérêt à agir tenant par ailleurs à sa qualité de concurrent évincé. La fin de non-recevoir doit donc être rejetée (ce qui ne sera toutefois pas nécessaire, si vous nous suivez par la suite dans le sens du rejet).

Deuxièmement, la société Sunset Marina soutient que si elle a bien été informée du rejet de son offre, elle n'a pas été informée des motifs de ce rejet.

Avant 2016, vous jugiez qu'aucun texte ni principe n'obligeait une personne publique à informer un candidat écarté d'une délégation de service public des motifs du rejet de son offre, une telle obligation n'existant que pour les marchés publics (18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, n° 336120, aux Tables sur un autre point, conclusions B. Dacosta).

Le I de l'article 29 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession (repris à l'article R. 3125-1 du code de la commande publique) dispose que l'autorité concédante, qui doit notifier sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire sa décision de rejeter sa candidature ou son offre, doit préciser les motifs du rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre.

Toutefois, cette disposition n'a été rendue applicable en Nouvelle-Calédonie qu'aux contrats de concession conclus par l'Etat ou ses établissements publics, en application de l'article 44 du même décret⁴. Or, nous sommes ici en présence d'un EPIC territorial, qui n'est soumis qu'aux dispositions de l'article 92 de la loi statutaire précitée, laquelle ne prévoit pas une telle obligation. L'état du droit est ainsi celui qui prévalait antérieurement à 2016.

Vous pourriez estimer que cette obligation découle néanmoins des principes de la commande publique. Mais d'une part vous n'aviez pas dégagé un tel principe dans l'état du droit antérieur à 2016. D'autre part, s'il est soutenu que l'information des candidats évincés couplée au respect du délai de stand-still sont nécessaires pour leur permettre de faire utilement un référé précontractuel, vous avez toutefois déjà écarté l'application d'un tel délai en Nouvelle-Calédonie (27 octobre 2011, Société Tat, n° 350790, aux Tables). Dans le même esprit, eu égard à la compétence de la Nouvelle-Calédonie en termes de commande publique⁵, il appartient à cette seule collectivité de légiférer en matière de délégation de service public afin de prévoir la notification du rejet des offres, sa motivation ainsi que le respect d'un délai de standstill.

⁴ articles R. 3371-1 à R. 3371-3 du code de la commande publique

⁵ article 22 17° de la loi organique statutaire

Vous pourrez donc rejeter les moyens tirés de l'absence de mention des motifs du rejet de l'offre et de non-respect du délai de suspension. A cet égard, les conclusions à fins d'injonction relatives à la communication de ces motifs, qui ne relèvent pas de l'office du juge du référé précontractuel devront par ailleurs être rejetées.

Nous disons un mot plus rapide des autres moyens.

Deux d'entre eux sont tirés de la méconnaissance de l'article 92 de la loi organique.

Cet article fixe un délai minimal de deux mois entre la saisine de la commission de délégation de service public et la décision de l'assemblée délibérante. Il prévoit que la commission est elle-même saisie « après une procédure de publicité et de recueil des offres ». Vous avez déjà retenu, pour des dispositions rédigées en des termes similaires (article L. 1422-7 du code général des collectivités territoriales) qu'elles visaient à « garantir l'efficacité de la négociation engagée avec les opérateurs économiques retenus » (avis contentieux du 15 décembre 2006, Préfet des Alpes-Maritimes, n° 297846, aux Tables). La date à compter de laquelle le délai de deux mois doit être respecté est donc celle de l'ouverture des offres, qui correspond à la saisine de la commission, et non celle à laquelle la commission donne son avis sur les candidats avec lesquels la discussion doit s'engager. Ce délai a été respecté en l'espèce.

Par ailleurs, l'article 92 prévoit l'obligation d'un document présentant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire en accompagnement du rapport d'analyse des offres, et cette annexe était en l'espèce suffisante.

Contrairement à ce qui est soutenu, le Port autonome n'a pas confondu les critères relatifs à l'examen des candidatures et non des offres. Les éléments relatifs à la compétence de l'équipe en matière d'exploitation de marinas et de gestion de ce type d'infrastructures peuvent, en tout état de cause, être pris en compte pour noter la qualité du dossier technique proposé.

Enfin, pour les raisons déjà indiquées, les moyens tirés de ce que la procédure de passation de la délégation de service public serait entachée d'impartialité doivent être écartés. Il faut ajouter que la circonstance que la SODEMO ait proposé de se référer à un modèle de contrat de concession de port de plaisance approuvé par arrêté et paru au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie, sans que le requérant en soit informé, ne pose pas en soi de difficulté dès lors qu'il n'a, ce faisant, ni méconnu le principe d'égalité eu égard à la marge de négociation permise dans le cadre d'une délégation de service public, ni retenu une offre non conforme à ses exigences.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée
- au rejet de la demande présentée par M. Van Peteghem devant le juge des référés du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie
- au rejet de ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

- à ce que M. Van Peteghem verse au Port autonome de Nouvelle-Calédonie et à la SODEMO une somme de 3 000 euros chacun au titre des mêmes dispositions.