N°s 436922-436925-436926

Métropole Nice Côte d'Azur

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 mai 2020

Lecture du 9 juin 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Une collectivité peut-elle être compétente « avant l'heure » ? Plus précisément, est-il possible pour une collectivité, non encore compétente mais qui le sera, d'engager la procédure de passation d'une délégation de service public ?

1. La concession des plages naturelles de Nice a été attribuée à la commune de Nice par un arrêté préfectoral du 12 octobre 2007, dont le terme était le 31 décembre 2019. La métropole Nice Côte d'Azur disposait d'un droit de priorité, en application de l'article L. 2124-4 du code général de la propriété des personnes publiques¹ et elle a entrepris de prendre la suite de la commune et d'obtenir la concession par l'Etat pour l'aménagement, l'exploitation et l'entretien des plages naturelles, pour la période allant du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2031. C'est ce à quoi ont effectivement procédé l'arrêté préfectoral du 26 novembre 2019 et le contrat de concession signé le même jour entre l'Etat et la métropole.

Sans attendre l'intervention de cet arrêté, la métropole a souhaité anticiper cette évolution, en menant les procédures relatives à l'attribution de la concession et des sous-concessions afin d'assurer la continuité du service public à l'expiration des conventions antérieures.

Elle a ainsi délibéré sur le principe de la délégation de service public en juin 2018 puis engagé, en octobre 2018, une procédure de délégation de service public balnéaire, portant sur 14 lots d'établissements de bains, consistant en l'exploitation de la plage et en une activité de restauration, situés sur le domaine public maritime et le domaine public métropolitain.

Les sociétés Les Voiliers, Lido Plage et SARL Sporting Plage, concurrents évincés, ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nice notamment d'annuler la procédure de délégation de service public pour l'exploitation des lots concernés.

¹ II de l'article L. 2124-4 du code général de la propriété des personnes publiques, relatif aux concessions de plage: « (...) Les concessions sont accordées par priorité aux métropoles et, en dehors du territoire de celles-ci, aux communes ou groupements de communes ou, après leur avis si les métropoles, communes ou groupements renoncent à leur priorité, à des personnes publiques ou privées après publicité et mise en concurrence préalable. Les éventuels sous-traités d'exploitation sont également accordés après publicité et mise en concurrence préalable. (...) ».

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.

Le juge du référé du tribunal administratif de Nice a annulé la procédure de délégation, par trois ordonnances du 5 décembre 2019. Il a retenu que la procédure avait été menée par une autorité incompétente, dès lors que la métropole n'avait pas encore reçu la compétence antérieurement exercée par la commune, et qu'en conséquence, la phase d'analyse des offres et de choix des candidats retenus avait été réalisée par une commission de délégation de service public irrégulièrement composée, ce qui avait été susceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation des offres.

La métropole Nice Côte d'Azur se pourvoit en cassation contre ces trois ordonnances. Précisons qu'en regard de la date d'engagement de la procédure, sont applicables à ce litige l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1^{er} février 2016, et non encore le code de la commande publique.

2. Comme vous le savez, l'article L. 551-1 du code de justice administrative prévoit que le juge du référé précontractuel « *peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet (...)* » notamment la délégation d'un service public.

Relève-t-il de l'office du juge du référé précontractuel de contrôler la compétence de la personne publique pour signer le contrat ?

Votre jurisprudence est, à vrai dire, déjà très engagée dans le sens d'une réponse négative.

D'abord, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler la validité de la signature du contrat (8 février 1999, Société Campenon Bernard SGE, n° 188100, aux Tables ; 7 mars 2005, Société Grandjouan-Saco, n° 270778, au Recueil).

Plus directement, il ne lui appartient pas de contrôler la compétence de la collectivité publique pour signer le contrat (6 juin 1999, *S.A. Demathieu et Bard*, n° 198993, aux Tables). Cette solution est directement tirée de ce que les pouvoirs du juge du référé précontractuel cessent une fois le contrat conclu, de façon presque tautologique.

Cette jurisprudence a été confirmée clairement par la décision Commune d'Auxerre c/ Société Saur France (19 novembre 2004, n° 266975, aux Tables sur un autre point) : « *il n'appartient pas au juge, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de contrôler la compétence de la collectivité publique au regard de l'objet de la délégation dont la passation est engagée* ». Le moyen tiré de l'incompétence de la collectivité est, en conséquence, inopérant.

Dans la même logique, le juge du référé précontractuel n'a pas à contrôler le respect, par le pouvoir adjudicateur, du principe de spécialité s'agissant d'un établissement public (21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, n° 209319, 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.

Contrairement à ce qui est avancé en défense, la solution que vous avez dégagée dans le cas où une personne publique est candidate – et non pas pouvoir adjudicateur ou autorité concédante – pose une question différente : c’est pour assurer l’égalité de traitement entre candidats et l’absence d’avantages dont bénéficierait un opérateur public que le juge du référé précontractuel doit alors vérifier, dès le stade qui est le sien, si elle peut candidater (18 septembre 2015, Association de gestion du conservatoire national des arts et métiers des pays de la Loire et autres, n° 390041, aux Tables, s’agissant du respect du principe de spécialité d’un établissement public candidat ; 18 septembre 2019, Communauté de communes de l’Ile rousse-Balagne, n° 430368, aux Tables).

Le mémoire en défense vous invite également à opérer un revirement de jurisprudence, mais nous ne sommes convaincue ni de sa nécessité, ni de son opportunité.

Certes, les conséquences d’une incompétence sont, le cas échéant, lourdes, s’agissant, en amont, de la définition des besoins, et, en aval, du déroulement de la procédure et du choix de l’attributaire.

Toutefois, d’une part, la lettre de l’article L. 551-1 ne nous semble pas autoriser une conception aussi extensive de l’office du juge du référé précontractuel. D’autre part, la question de la compétence peut être difficile à appréhender au stade du référé précontractuel et se résout mieux dans le cadre d’un recours dirigé contre le contrat, soit après sa signature.

En l’espèce, le juge du référé du tribunal administratif de Nice a donc commis une erreur de droit en s’estimant compétent pour accueillir le moyen qu’il avait relevé d’office, tiré de l’incompétence de la métropole à engager la procédure.

Précisons rapidement que contrairement à ce qui est soutenu en défense, le juge du référé a bien examiné la compétence pour signer le contrat et non seulement celle pour mener la procédure, dont découle la composition de la commission d’appel d’offre. Cette subtilité ne nous semble, qui plus est, guère maniable, sauf à priver de sa portée votre jurisprudence SA Demathieu et Bard précitée. Derrière la question de la composition de la commission de délégation de service public, c’est bien celle de la compétence de la collectivité pour conduire la procédure et signer le contrat que le juge a censurée, comme le montre sans ambiguïté la formulation du moyen d’ordre public soulevé, « tiré de l’incompétence de l’auteur de l’acte ».

3. Les ordonnances attaquées posent une seconde question, moins évidente, quant à la temporalité des opérations de passation d’une délégation de service public lorsqu’une compétence est transférée d’une collectivité à une autre.

Vous n’êtes pas tenus d’y répondre puisque le moyen que nous venons d’évoquer conduit et suffit à les annuler. Mais nous vous invitons à vous prononcer sur ce point eu égard à ses enjeux en termes de sécurité juridique pour les collectivités territoriales.

La question peut se résumer ainsi : dans un souci de continuité du service public, qui, entre la collectivité actuellement compétente mais qui ne le sera plus, ou la collectivité encore

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.

incompétente mais qui sera en charge du service public, doit engager la procédure de passation ?

D'abord, une collectivité peut-elle décider d'anticiper le transfert de compétences en lançant une procédure alors qu'elle n'est pas encore en charge de la compétence ?

Les textes sont silencieux sur cette hypothèse et il convient donc de nous interroger sur des textes ou principes qu'une telle pratique reviendrait, le cas échéant, à méconnaître implicitement.

Il va de soi que la signature elle-même du contrat ne peut intervenir que lorsque la compétence est effectivement transférée. L'appréciation de la compétence de l'auteur d'un acte se fait à la date de son engagement (19 mai 2000, Commune du Cendre, n° 208543). Mais ceci implique seulement qu'une condition suspensive relative à la réalisation du transfert de compétences soit intégrée aux documents contractuels.

Ensuite, une telle anticipation ne peut être lancée sur des bases purement hypothétiques : il faut que la collectivité puisse avoir la perspective de détenir la compétence à la date de la signature du contrat, soit dans un horizon à notre sens relativement proche, de l'ordre d'une année.

Ces conditions étant posées, cette solution d'anticipation a le mérite de permettre l'adéquation entre la personne publique signataire du contrat et la commission d'appel d'offres de cette même personne publique, chargée de la procédure de passation de ce même contrat. Elle nous paraît ainsi possible en droit et opportune en fait.

A l'inverse, cela signifie-t-il que la collectivité précédemment compétente ne peut engager la procédure si le contrat est ensuite signé par la collectivité nouvellement compétente ? Ou dit autrement, cette dernière peut-elle ou non hériter du travail de préparation fait par sa prédécesseuse ?

La réponse ne va pas de soi. Le code général des collectivités territoriales ne nous paraît pas avoir défini de règles transitoires applicables dans un cas comme celui de l'espèce. Mais il comporte des dispositions (article L. 2113-5 pour la création d'une nouvelle commune et article L. 5211-17 pour la création d'un EPCI notamment) prévoyant que la personne publique est substituée dans toutes les délibérations et dans tous les actes pris par les personnes publiques auxquelles elle succède.

Par transposition, il nous semble que la personne publique peut signer un contrat au terme d'une procédure qu'elle n'a pas menée lorsque des dispositions législatives prévoient qu'elle se substitue de plein droit à la personne publique qui a conduit la procédure. Les actes de procédure étant réputés siens, la personne publique peut signer le contrat sans recommencer une nouvelle procédure.

Nous nous sommes interrogée sur la compatibilité de cette solution avec votre jurisprudence *Syndicat mixte Flandre Morinie* (28 janvier 2013, n° 358302, aux Tables, conclusions de

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.

Gilles Pellissier), qui va dans le sens d'une adéquation entre la personne signataire et la commission chargée de la passation. Mais il s'agissait d'une hypothèse bien différente, liée à l'installation d'un nouvel organe délibérant d'un EPCI, à la suite du renouvellement général des conseils municipaux des communes membres de cet établissement. Seules les affaires courantes peuvent alors être traitées jusqu'à l'installation du nouvel organe délibérant issu de ce renouvellement. Ce cas traduit un souci démocratique, tenant à ce que les anciens représentants n'engagent pas excessivement l'avenir dans la même collectivité. C'est donc différent de ce qui nous intéresse, à savoir un transfert entre deux collectivités distinctes, pour lequel nous devons plutôt trouver notre inspiration dans les dispositions proches du CGCT.

Au total, nous ne voyons donc d'obstacle ni juridique, ni même pratique à autoriser une double souplesse, permettant à une collectivité qui va – dans un terme suffisamment proche et de façon suffisamment probable - être en charge d'une compétence, soit de bénéficier - si elle le souhaite et sans y être tenue - du travail réalisé, avant elle, par la collectivité précédemment compétente, soit d'anticiper en lançant elle-même la procédure avant de disposer de la compétence.

En conséquence, en estimant, en l'espèce, que la circonstance que la métropole serait concessionnaire de la plage à la date de la signature du contrat ne lui permettait pas de diligenter la procédure de délégation de service public balnéaire dès lors que la ville de Nice était encore concessionnaire de la plage à la date de l'ouverture de la procédure, le juge du référé a commis une autre erreur de droit.

Nous vous proposons donc d'annuler les ordonnances attaquées et de régler les affaires au titre des procédures de référé engagées.

4. A cet égard, nous ne présenterons pas devant vous les moyens nombreux de ces règlements en référé, mais nous contenterons d'en présenter quelques points importants.

D'abord, la métropole est allée au-delà des exigences qui s'imposaient à elles, puisqu'elle a pondéré les critères d'analyse des offres, alors qu'elle aurait pu se contenter de les hiérarchiser². Non seulement la hiérarchisation apparaissait ainsi via la pondération, mais il s'agissait, en outre, d'une information supplémentaire donnée aux candidats, qui ne saurait constituer une irrégularité. Et ce n'est pas parce qu'elle avait pondéré les critères qu'elle devait ensuite obligatoirement pondérer les sous-critères, qu'elle a choisi de seulement hiérarchiser.

Ensuite, les sous-critères du critère « qualité du projet d'exploitation » étaient, contrairement à ce qui est soutenu, suffisamment précis. Les sous-critères du critère financier n'étaient, quant à eux, pas appréciés sur la base des seules déclarations des candidats, mais bien des engagements contractuels qu'ils consentaient, dont l'exactitude pouvait être vérifiée. La

² L'article 27 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession se borne à exiger, pour les contrats supérieurs au seuil européen, une simple hiérarchisation des critères ; voir 18 septembre 2019, Communauté de communes de l'Île Rousse-Balagne, n° 430468, aux Tables

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.

pondération du critère prix à hauteur de 25 % ne conduisait, par ailleurs, pas manifestement à ne pas retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par ailleurs, une délégation ne peut avoir ni un périmètre manifestement excessif, ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux (21 septembre 2016, Communauté urbaine du Grand Dijon et société Keolis, n° 399656, aux Tables). A supposer que ce contrôle relève de l'office du juge du référé précontractuel (le lien est fait indirectement avec la régularité de la procédure compte tenu de l'importance donnée, dans cette procédure, aux activités de restauration), les prestations de restauration sur la plage ne sont pas, en l'espèce, manifestement sans lien avec le service public balnéaire et l'exploitation de la plage, eu égard aux dispositions de l'article R. 2124-13 du code général de la propriété des personnes publiques.

S'agissant de la procédure de négociation, la circonstance qu'une même élue ait présidé la commission de délégation de service public et conduit la négociation n'entache pas la procédure d'irrégularité, eu égard à la grande liberté dans la conduite de la négociation, reconnue par votre jurisprudence³, et en l'absence de démonstration établissant une partialité, puisque la limite de cette liberté est le respect du principe d'égalité entre les candidats⁴.

Enfin, les concurrents évincés ont bien été informés des caractéristiques et des avantages des offres retenues.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des articles 1^{er} et 2 de chacune des trois ordonnances du juge des référés du tribunal administratif de Nice attaquées
- au rejet des demandes de la SARL Les Voiliers, de la société Lido Plage et de la SARL Sporting Plage devant le juge des référés du tribunal administratif de Nice et de leurs conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- à ce que la SARL Les Voiliers, la société Lido Plage et la SARL Sporting Plage versent chacune à la métropole Nice Côte d'Azur une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

³ 21 mai 2010, Commune de Bordeaux, n° 334485, aux Tables, 8 avril 2019, Commune de Cannes, n° 425373, aux Tables

⁴ 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg et Sté Seche Eco Industrie, n°s 336120-336135, aux Tables

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.