

N°s 464816, 464817, 464818, 464819, 464820, 462821, 464822, 464823, 464824, 464825 et 464830 – Commune de Ramatuelle

N° 465080 – Société Tropicana

N° 465236 – Société Loisirs Soleils

N° 465469 – Société La Serena

N° 465657 – Société Foncière PLM

N° 465665 – Société L'O

N° 465676 – Société L'Esquinade

N° 465687 – Société Le Byblos

N° 465694 – Société Rama

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 2 février 2023

Décision du 10 mars 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Votre chambre commence à bien connaître la plage naturelle de Pampelonne dont le préfet du Var a accordé la concession à la commune de Ramatuelle par un arrêté du 7 avril 2017, pour une durée de douze ans à compter du 1^{er} janvier 2019. Vous le savez, la commune a engagé, le 30 juin 2017, une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution de trente traités de sous-concessions du service public balnéaire sur cette plage.

La société Le Chalet des jumeaux, qui était candidate à l'attribution des lots n°s E3 et T3d, a contesté la validité des contrats conclus à la suite de cette procédure de mise en concurrence en ce qui concerne dix des lots : les lots n°s E2, E3, P1, P2, P3, T1d, T2d, T3d, G1d et G2d, attribués respectivement par la commune aux sociétés 24GV, Foncière PLM, Le Byblos, La Serena, Les Murènes, L'O, Loisirs Soleil, Rama, Tropicana et L'Esquinade.

Par dix jugements du 1^{er} juillet 2021, le tribunal administratif de Toulon a rejeté ces demandes de la société Le Chalet des jumeaux. Et, par un autre jugement du même jour, il a rejeté sa demande tendant à être indemnisée du préjudice causé par son éviction.

Par dix arrêts du 10 mai 2022, la cour administrative d'appel de Marseille a annulé ces jugements et prononcé la résiliation des contrats à compter du 1^{er} avril 2023. Par un onzième arrêt, du même jour, elle a également annulé le jugement du tribunal administratif relatif aux conclusions indemnitaires de la société Le Chalet des jumeaux et a considéré que, ayant été privé d'une chance sérieuse de remporter la concession, il convenait de l'indemniser à hauteur d'environ 2,7 millions d'euros.

Ce sont ces onze arrêts que contestent les dix-neuf pourvois qui viennent d'être appelés et qui émanent de la commune, pour 11 d'entre eux, et de sociétés attributaires des sous-concessions pour les 8 autres pourvois, chacune de ces sociétés contestant l'arrêt relatif au lot qui la concerne.

Par dix décisions du 6 décembre 2022, vous avez ordonné qu'il soit sursis à l'exécution des dix arrêts prononçant la résiliation des contrats en retenant deux moyens.

Le premier de ces moyens est invoqué contre les dix arrêts prononçant la résiliation des contrats, étant soulevé par tous les pourvois de la commune et par 5 des pourvois émanant des sociétés attributaires. Il est tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour en jugeant, dans chacun de ces arrêts, que les irrégularités qu'elle avait retenues devaient conduire à la résiliation du contrat sans avoir recherché si, dans les circonstances de l'espèce, ces vices permettaient la poursuite de l'exécution du contrat.

Mettons d'emblée fin au suspense, ce moyen nous semble fondé. En effet, dans les 10 arrêts attaqués, la cour a constaté que la procédure de passation du contrat en cause était entachée d'un vice découlant de manquements de la commune de Ramatuelle à son obligation de mise en concurrence. Puis elle s'est bornée à relever que ces manquements ne découlaient pas d'une volonté de favoriser le candidat attributaire, pour en déduire que la sanction de ces irrégularités était la résiliation de chacun des contrats concernés. On voit ainsi que la cour ne s'est en réalité interrogée, s'agissant des conséquences à tirer des vices ayant entaché la procédure de mise en concurrence, que sur la « sanction » à prononcer, en estimant qu'ils n'étaient pas d'une gravité justifiant une annulation mais devaient plutôt entraîner la résiliation des contrats. La cour a, en revanche, omis de rechercher préalablement si les vices qu'elle avait retenus étaient susceptibles de permettre la poursuite de l'exécution des contrats.

Cette omission se heurte à votre décision *Sté Tropezina et commune de Ramatuelle* du 28 mars 2022 (n° 454341, aux Tables sur ce point), décision dans laquelle vous avez au contraire jugé qu'il appartient au juge du contrat, saisi par un tiers d'un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat, de vérifier si, dans les circonstances de l'espèce, le vice

entachant la validité du contrat permet, eu égard à son importance et à ses conséquences, la poursuite de l'exécution de celui-ci.

Vous acceptez que ce temps du raisonnement du juge ne se traduise que par une motivation très succincte (voyez par exemple le point 19 de votre décision du 2 décembre 2022 *Sté Paris Tennis*, n° 455033, au Recueil). Mais il n'y a, dans les arrêts attaqués, rien, pas même une incise, qui témoignerait de ce que la cour a bien procédé à cette vérification. La cassation nous semble donc certaine, et se justifie d'autant plus qu'il n'est pas complètement évident, en l'espèce, que les vices retenus soient d'une importance suffisante, à les supposer fondés, pour justifier la résiliation : il s'agit de vices généraux relatifs à la conception de la mise en concurrence mais dont il n'est *a priori* pas certain qu'ils aient réellement conduit à retenir des candidats qui n'auraient pas dû l'être, ou au contraire, à en écarter à tort d'autres. Il reviendra donc à la juridiction de renvoi, statuant après cassation, d'examiner cette question dans chacune des affaires. Nous ne pensons en effet pas, contrairement à la position exprimée au pupitre de la cour, que tout vice ayant eu une influence sur le choix des attributaires doive conduire par principe et systématiquement à la résiliation : à raisonner comme cela, tous les moyens opérants deviendraient de nature à justifier la résiliation, et cela reviendrait à priver de tout effet la gradation des sanctions prononcées par le juge que votre jurisprudence a pourtant entendu mettre en place.

Venons-en au second moyen que vous avez retenu pour ordonner le sursis à exécution et qui est soulevé dans chacun des 19 pourvois dont vous êtes saisis. Ce moyen est donc dirigé non seulement, comme le précédent moyen, contre les dix arrêts prononçant la résiliation des contrats, mais également contre l'arrêt relatif au litige indemnitaire, contesté sous le n° 464830.

La cour a estimé, dans chacun des arrêts contestés, que la commune aurait dû distinguer les différents lots en fonction du « niveau de standing » des prestations attendues sur chaque lot : les lots destinés à être attribués aux établissements de très haut standing, ceux destinés à l'être aux établissements de standing intermédiaire et ceux destinés à des établissements de type familial. Selon la cour, procéder de la sorte aurait permis à la commune de procéder à une mise en concurrence des établissements de standing équivalent, ce qui impliquait de définir au préalable des critères de sélection des candidatures propres à chaque catégorie d'établissement. A défaut de telles précisions dans les appels d'offres, la cour a estimé que la commune avait insuffisamment défini ses besoins et s'était du coup arrogé un pouvoir discrétionnaire d'attribution des lots, incompatible avec les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence.

On peut éventuellement comprendre la logique de la cour sur le terrain de l'opportunité : « sectoriser » les lots par niveau de standing aurait peut-être pu contribuer à une mise en

concurrence plus efficace, encore que ce ne soit pas certain. Mais peut-on dire, pour autant, qu'il s'agissait d'une obligation à la charge de l'autorité concédante ?

Ce n'est pas, nous semble-t-il, le sens de votre jurisprudence. Vous jugez bel et bien que la personne publique doit « apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire » (nous citons là votre décision du 6 novembre 2020, *Commune de Saint-Amand-les-Eaux*, n°s 437946 et 437975, aux Tables sur ce point, décision qui confirme et synthétise la jurisprudence posée antérieurement notamment par la décision du 23 mai 2008, *Musée Rodin*, n° 306 153, aux Tables sur un autre point ainsi que par la décision du 15 novembre 2017, *Commune du Havre*, n° 412644, aux Tables). Mais, si cette exigence quant à la définition de ses besoins pèse sur la personne publique, celle-ci n'est pas tenue d'en préciser tous les éléments : pour citer notre collègue Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions sur cette décision *Commune de Saint-Amand-les-Eaux*, vous exigez seulement que la personne publique fournisse les « données absolument indispensables à la définition de l'objet même de la concession ». L'article 27 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, alors applicable, comme l'article L. 3111-1 du code de la commande publique, qui a pris la suite, ne prévoient d'ailleurs que la détermination, avant le lancement de la consultation, de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, sans poser la moindre exigence en termes de précision, contrairement à ce qui vaut en matière de marché public (voyez par comparaison l'article L. 2111-1 du code de la commande publique). Cela est cohérent avec la logique même de la concession qui implique, par nature, de donner à un opérateur une forme de marge de manœuvre sur la stratégie commerciale du service concédé. Et la personne publique peut d'ailleurs, tout en définissant suffisamment ses besoins, avoir intérêt à ne pas rédiger un règlement de la consultation trop prescriptif, de manière à pouvoir profiter d'une large gamme d'options dans les offres qui lui sont soumises.

Au cas d'espèce, l'expression des besoins était suffisamment précise pour permettre à chaque candidat de définir son offre. Le type de service était clairement défini puisqu'il était précisé que la concession portait sur un service de plage comprenant à la fois de la restauration et une activité de bains de soleil. Etait, de même, clairement définies tant l'étendue géographique des différents lots que la durée du contrat ou l'existence d'investissements attendus. Par ailleurs, si la commune pouvait légitimement considérer que le grand nombre des lots permettrait naturellement de faire émerger une diversité de services, s'adressant à des catégories de clientèles distinctes, et si elle a pu se féliciter de la diversité des établissements attributaires *in fine*, cet état de fait ne constituait pas en lui-même l'expression de « besoins » différents que la personne publique aurait nécessairement dû segmenter. D'ailleurs, le règlement de la consultation ne prévoyait aucune disposition relative à la diversité des offres retenue, et aucun élément ne peut laisser penser que la personne publique aurait procédé à une « spécialisation » occulte des lots non prévue dans ce règlement de la consultation.

Le niveau de contrôle retenu par la cour sur la définition de ses besoins par la commune de Ramatuelle nous paraît donc avoir été bien au-delà de ce que vous exigez. En se méprenant ainsi sur les obligations qui incombent au pouvoir adjudicateur, elle a commis l'erreur de droit qui lui est reprochée.

Si vous nous suivez, les deux moyens qui ont déjà fondé le sursis à exécution doivent donc entraîner la cassation des dix arrêts prononçant la résiliation des contrats¹. Le deuxième de ces moyens est également de nature à entraîner l'annulation du onzième arrêt, relatif au litige indemnitaire.

Vous n'aurez donc pas à vous prononcer sur les questions que posaient les nombreux autres moyens soulevés par les pourvois et que nous nous contentons donc de vous rappeler très brièvement.

Deux de ces questions, intéressantes et délicates, auraient mérité toute votre attention. La première était de savoir si la société Le Chalet des jumeaux pouvait avoir intérêt à remettre en cause la validité des contrats conclus au titre des lots à l'attribution desquels elle n'avait pas candidaté. Il s'agit là d'une question inédite qui vous aurait conduit à prendre parti sur le point de savoir si une entreprise qui n'a même pas présenté sa candidature peut justifier, en raison de la passation d'un contrat, d'une lésion de ses intérêts qui soit suffisamment directe et certaine, le cas échéant en transposant au recours « *Tarn-et-Garonne* » votre jurisprudence SYVADE (CE, 29 avril 2015, n° 386 748, aux Tables), jurisprudence SYVADE en vertu de laquelle le référé précontractuel est ouvert à toute personne qui « *a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque* ».

Quant à la deuxième question délicate, elle vous aurait conduit à vous interroger sur les motifs susceptibles de justifier, dans le cadre d'une procédure allotie, des restrictions tant au nombre de candidatures que peut présenter une même société qu'au nombre de lots qui peuvent lui être attribués. En effet, dans le cadre de la procédure de passation des contrats en litige, la commune de Ramatuelle a fait le double choix d'imposer à chaque entreprise de ne présenter une candidature que pour deux lots, et de prévoir que chaque entreprise ne pouvait être attributaire que d'un seul lot. Ce choix a été critiqué par la société Le Chalet des jumeaux, qui

¹ La première erreur de droit permet à l'évidence d'annuler, en leur totalité, les dix arrêts se prononçant sur la validité des contrats. On pourrait avoir un doute sur l'étendue de l'annulation si on retenait la seconde erreur de droit, mais l'arrêt de la cour, qui ne précise pas que chaque moyen qu'elle a retenu justifie la résiliation, doit être regardé comme ayant prononcé cette résiliation au terme d'une analyse globale. Dans ces conditions, tout motif erroné sur l'un des vices retenus paraît justifier l'annulation de l'arrêt dans sa totalité.

y voit un vice entachant la procédure de passation, et ce moyen a été accueilli par la cour : celle-ci a estimé que le cumul de ces deux limitations « ne permettait pas à la commune d'assurer la satisfaction de ses besoins, en lui interdisant de s'adresser à une pluralité suffisante de cocontractants potentiels, cette limitation du nombre de candidatures limitant, en outre, la concurrence pour chaque lot ». Cette analyse combinée des deux restrictions ne va d'ailleurs pas de soi : limiter le nombre de candidatures, d'une part, et limiter le nombre de lots attribués, d'autre part, nous semblent constituer deux mesures différentes, qui ont chacune un objet et des effets distincts tant du point de vue de l'autorité concédante que du point de vue des sociétés. La première mesure limite la possibilité de multiplier les candidatures, pour faciliter le travail de l'autorité concédante tout en égalisant les conditions de concurrence entre « gros » et « petits » candidats, si vous nous autorisez cette expression. La seconde limite, qui porte non pas sur le nombre de candidatures mais sur le nombre de lots attribués, vise à favoriser la diversité des opérateurs attributaires (par exemple pour créer une concurrence interne à la plage ou pour favoriser la diversité des prestations). La question n'est donc pas évidente et le renvoi des affaires à la cour lui donnera l'occasion de se pencher attentivement dessus.

Les trois autres questions que soulevaient les pourvois, en revanche, ne vous auraient pas retenus très longtemps. En effet, était critiqué à juste titre le fait que la cour ait malencontreusement répondu à ce moyen tiré de la double limitation des candidatures et des attributions dans des dossiers où ce moyen n'était pas soulevé. Était aussi critiqué, également à juste titre, le fait qu'il ne ressort pas des arrêts attaqués que la cour avait bien vérifié que les vices invoqués par la société Le Chalet des jumeaux étaient bien en rapport direct avec son éviction et par suite opérants². Enfin, on peut nourrir des doutes sur l'appréciation que la cour a portée sur l'analyse de l'offre financière de la société Le Chalet des jumeaux pour l'attribution du contrat afférent au lot n° E3, qui est critiquée devant vous sous le timbre de la dénaturation. La reprise des débats après cassation et le nouvel examen des affaires par la cour lui permettra de corriger ces trois points.

PCMNC :

- A l'annulation des onze arrêts attaqués
- Au renvoi des affaires devant la cour administrative d'appel de Marseille
- A ce que vous mettiez à la charge de la société Le Chalet des jumeaux, dans chacune des onze affaires, le versement de 500 € à la commune de Ramatuelle et de 3 000 € à la société requérante, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- Enfin à ce que vous rejetiez les conclusions présentées par la société Le Chalet des jumeaux au même titre

² Voir à cet égard CE, Section, 5 février 2016, *SMTC Hérault transport*, n° 383149, au Recueil