

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON

**N° 09LY03018**

Inédit au recueil Lebon

**4ème chambre - formation à 3**

M. du BESSET, président

M. Philippe ARBARETAZ, rapporteur

Mme VINET, rapporteur public

CABANES & ASSOCIES, avocat(s)

lecture du jeudi 9 juin 2011

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la requête enregistrée le 30 décembre 2009, présentée pour la SOCIETE CYCLERGIE dont le siège est Tour Franklin à Paris-La Défense (92042) ;

La SOCIETE CYCLERGIE demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0701081-0702293 du Tribunal administratif de Grenoble en date du 30 octobre 2009 en ce qu'il a limité à 55 000 euros outre intérêts au taux légal à compter du 27 décembre 2006 et capitalisation au 5 juin 2009 puis à chaque échéance anniversaire la condamnation du Syndicat de traitement de déchets Drôme-Ardèche (SYTRAD) en indemnisation du préjudice né de son éviction irrégulière du marché portant sur la conception et la réalisation d'une unité de valorisation énergétique des déchets à Portes-les-Valence ;

2°) de porter la condamnation du SYTRAD, outre intérêts au taux légal et capitalisation, à la somme de 5 253 131,90 euros HT ;

3°) de mettre à la charge du SYTRAD une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SOCIETE CYCLERGIE soutient qu'elle a droit à l'indemnisation de son préjudice né de l'abandon du marché, même non encore notifié et y compris de ses tranches conditionnelles, dès lors qu'elle pouvait légitimement se croire assurée d'en poursuivre l'exécution ; que l'affermissement des tranches conditionnelles présentait un degré de probabilité suffisant pour que le préjudice ne soit pas regardé comme éventuel ; qu'il doit être tenu compte de la gravité du vice ayant entaché la décision de ne pas donner suite au contrat, en l'occurrence un détournement de pouvoir, pour apprécier l'étendue du préjudice ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu le mémoire enregistré le 3 décembre 2010 par lequel la SOCIETE CYCLERGIE conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, que le découpage artificiel en tranches démontre que l'exécution de la première tranche ferme devait nécessairement déboucher sur l'affermissement des deux tranches suivantes ; que le candidat irrégulièrement évincé d'un marché et qui disposait de chances sérieuses doit être indemnisé de son manque à gagner lequel comprend les frais engagés pour soumissionner ; qu'en tout état de cause, la limitation de l'indemnité aux bénéfices de la seule tranche ferme ne saurait exclure l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de la totalité de l'offre ; qu'il y aurait lieu d'indemniser 95 % du montant de ce poste ; qu'elle a engagé d'importants frais de consultation juridique et technique pour faire valoir ses droits et qui sont justifiés à hauteur de 76 922,27 euros ; que la publicité faite au renoncement à contracter lui a causé un important préjudice commercial ;

Vu l'ordonnance du 12 avril 2011 portant clôture de l'instruction au 29 avril 2011 ;

Vu le mémoire enregistré le 26 avril 2011 présenté pour le Syndicat de traitement de déchets Drôme-Ardèche (SYTRAD), dont le siège est 7 rue Louis Armand à Portes-les-Valences (26 800) ;

Le SYTRAD conclut au rejet de la requête et demande à la Cour :

1°) par la voie de l'appel incident, d'une part, d'annuler le jugement n° 0701081-0702293 du Tribunal administratif de Grenoble en date du 30 octobre 2009 en ce qu'il l'a condamné à verser à la SOCIETE CYCLERGIE la somme de 55 000 euros outre intérêts au taux légal à compter du 27 décembre 2006 et capitalisation au 5 juin 2009, d'autre part, de rejeter la demande indemnitaire de la SOCIETE CYCLERGIE ;

2°) de mettre à la charge de la SOCIETE CYCLERGIE une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le SYTRAD soutient qu'à supposer que le renoncement à contracter avec le groupement de la société requérante soit fautif, cette faute est dépourvue de lien avec le préjudice qu'il

est demandé d'indemniser ; que l'offre, étant incomplète et incohérente, ne pouvait conduire à une attribution du marché ; qu'en vertu de l'article 273 du code des marchés publics, l'affermissement des tranches conditionnelles n'était pas certain et ne peut donner lieu à l'indemnisation du manque à gagner y afférent ; qu'en outre, les incertitudes pesant sur la délivrance des autorisations administratives objet de la première tranche confortent l'éventualité de l'exécution des tranches suivantes ; que l'indemnité doit être limitée à la perte de marge nette alors que la requérante se fonde sur sa marge brute ; que la consistance et la réalité de son préjudice ne ressortent pas des documents établis unilatéralement et pour les besoins de la cause ; que les frais de présentation de l'offre, réputés intégrés aux frais dont se dégage la marge nette, correspondent, en outre, aux prestations qui devaient être facturées en exécution de la première tranche, antérieurement à tout engagement contractuel ; que ces dépenses n'ont présenté aucune utilité pour la collectivité qui n'a pas réalisé le projet ; que les dépenses de conseils doivent être intégrées aux frais irrépétibles ; que la réalité du préjudice commercial n'est pas établi ;

Vu le mémoire enregistré le 29 avril 2011 par lequel la SOCIETE CYCLERGIE conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens ;

Vu le mémoire enregistré le 29 avril 2011 par lequel le SYTRAD conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code civil ;

Vu le codes des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 19 mai 2011 :

- le rapport de M. Arbarétaz, premier conseiller ;

- les observations de Me Joly, représentant la SOCIETE CYCLERGIE, et de Me Dobsik, représentant le SYTRAD ;

- et les conclusions de Mme Vinet, rapporteur public ;

La parole ayant été de nouveau donnée à Me Joly et à Me Dobsik ;

Après avoir pris connaissance des notes en délibéré produites le 20 mai 2011 par le SYTRAD et le 25 mai 2011 pour la SOCIETE CYCLERGIE ;

Sur l'indemnisation de la SOCIETE CYCLERGIE :

Considérant qu'à l'issue d'un appel d'offres sur performances, le comité syndical du SYTRAD a, par délibération du 11 octobre 1999, choisi l'offre présentée par le groupement d'entreprises dont la SOCIETE CYCLERGIE était cotraitante et mandataire et autorisé son président à signer avec les entreprises membres de ce groupement le marché de conception-réalisation de l'unité de valorisation énergétique des déchets à Portes-les-Valence comportant une tranche ferme d'études et deux tranches conditionnelles d'études détaillées et de travaux ; que, cependant, par deux délibérations du 18 novembre 1999 annulées le 10 juillet 2000 par un jugement du Tribunal administratif de Grenoble - que le Conseil d'Etat a confirmé en censurant le détournement de pouvoir qui entachait ces délibérations - le comité syndical a renoncé à contracter et a approuvé l'organisation d'une nouvelle consultation ; que par le jugement susvisé, le Tribunal a indemnisé la SOCIETE CYCLERGIE de la marge bénéficiaire qu'elle aurait dû dégager, en fonction de sa part de rémunération au sein du groupement, de l'exécution des prestations de la tranche ferme ; que la SOCIETE CYCLERGIE relève appel de ce jugement en ce qu'il ne l'indemnise pas de la perte de marge des deux tranches conditionnelles et des frais de présentation de son offre ; que, par la voie de l'appel incident, le SYTRAD demande l'annulation des jugements en tant qu'il l'a condamné ;

Considérant que l'entreprise dont l'offre a été retenue à l'issue d'une mise en concurrence puis exclue du contrat par la personne publique organisatrice de la consultation pour un motif étranger à l'intérêt général a droit, en principe, à être indemnisée du manque à gagner résultant de l'inexécution de ce contrat ; que les frais qu'elle a exposés pour l'établissement de son offre sont au nombre de ceux qu'il lui incombait d'engager pour obtenir l'attribution du marché et devaient normalement trouver leur contrepartie dans la rémunération afférente à la réalisation de celui-ci ; qu'ainsi ils n'ont pas à faire l'objet, sauf cas particulier, d'une indemnisation spécifique ;

Considérant, qu'à les supposer avérées, les lacunes de l'offre présentée par le groupement dont la SOCIETE CYCLERGIE était le mandataire ne lui ont pas été opposées en temps utile et n'ont pas fait obstacle à ce que le comité syndical lui attribue le marché par délibération du 11 octobre 1999 ; que le SYTRAD, qui ne pouvait régulièrement renoncer à contracter avec l'attributaire que son instance délibérante venait de désigner aux seules fins de l'évincer par une nouvelle consultation, n'est pas fondé à soutenir que l'indemnité de 55 000 euros allouée par le Tribunal au titre du manque à gagner correspondant à la tranche ferme et le surplus d'indemnité demandé en appel répareraient un préjudice dépourvu de lien avec son renoncement fautif à contracter ;

Considérant, qu'il ne résulte pas des pièces contractuelles produites au dossier que le SYTRAD aurait eu l'obligation d'affermir les deux tranches conditionnelles ; qu'il aurait pu y renoncer, sans indemnisation du titulaire du marché, soit en raison du rejet des demandes d'autorisation d'exploiter et de construire qui devaient être présentées au cours de l'exécution de la tranche ferme soit pour des motifs d'intérêt général, tirés notamment de la remise en cause de l'équilibre économique du projet induite par les prescriptions accompagnant les autorisations d'exploiter ou d'urbanisme, ou de toute autre difficulté technique mise en évidence au cours de l'exécution de la tranche ferme ; que, eu égard aux incertitudes pesant sur la conception et la réalisation d'un projet de cette complexité et de cette envergure, la SOCIETE CYCLERGIE n'est pas fondée à soutenir que l'affermissement de ces tranches lui aurait été acquise si le SYTRAD avait contracté ; qu'il suit de là que la privation de marge bénéficiaire afférente à leur réalisation présente le caractère d'un préjudice éventuel qui ne peut être indemnisé ;

Considérant que, la SOCIETE CYCLERGIE, qui a été illégalement déchue de son droit de contracter, ne pouvant, comme il vient d'être dit, se voir attribuer une indemnité correspondant à la marge bénéficiaire qu'elle escomptait retirer de l'exécution des tranches conditionnelles du marché, a droit, dans ce cas particulier, où la couverture des frais qu'elle a exposés pour la présentation de son offre n'est pas assurée par une telle indemnisation, à être dédommagée de l'intégralité de ces frais ;

Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction, notamment de la note d'analyse comptable établie sous la responsabilité de l'expert-comptable de la requérante et dont le SYTRAD ne conteste pas utilement le contenu, que pour présenter son offre, la SOCIETE CYCLERGIE a engagé des frais d'un montant de 2 023 000 francs HT ; que s'ils correspondent au coût de l'exécution des plans et des documents nécessaires à l'établissement du dossier de la demande d'autorisation d'exploiter et (...) du dossier de permis de construire de telle sorte que la tranche ferme était en fait pratiquement achevée au moment même de l'offre, ils ont permis de figer les choix techniques de la totalité du projet et au SYTRAD et auraient été amortis sur l'ensemble des tranches ;

Considérant, d'autre part, qu'il ressort des écritures de la société requérante que la somme de 2 023 000 francs HT recouvre également une partie des frais d'élaboration des dossiers de demande d'autorisations d'urbanisme et d'exploiter l'installation classée, objet de la tranche ferme qu'elle devait livrer en exécution de cette tranche ; que pour déterminer le montant des frais d'étude non amortis sur les tranches 2 et 3, doit être déduite la marge bénéficiaire qui devait être dégagée à l'issue de l'exécution de la première tranche et qui était nécessairement comprise dans l'indemnité de 55 000 euros déjà allouée par le tribunal administratif ; qu'il résulte des tableaux non sérieusement contestés figurant à la page 12 de la note comptable que le coût des prestations qui auraient dû être facturées par la requérante en exécution de la première tranche s'élève à 7 305 000 francs HT et lui aurait permis de dégager, compte tenu du prix convenu de 7 664 000 francs une marge de 359 000 francs HT, correspondant à un taux de 4,91 % ; que la marge qui aurait dû être dégagée sur la somme de 2 023 000 francs HT qui, bien qu'exposée lors de l'appel d'offres, aurait été facturée au maître d'ouvrage en règlement d'une partie du prix de la première tranche s'élève, par application du même taux, à 99 329,30 francs HT ; qu'ainsi, la part non amortie des frais de présentation de l'offre, que doit être condamné à indemniser le SYTRAD, doit être limitée à la différence entre ces deux sommes, 1 923 670,70 francs HT, soit 293 261,71 euros HT ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction que la SOCIETE CYCLERGIE aurait engagé d'autres frais de présentation de son offre, à hauteur de 5 % du montant des tranches conditionnelles ; que, par suite, l'indemnité qu'elle demande de ce chef ne peut qu'être rejetée ;

Considérant, en quatrième lieu, que si certains articles de presse relatent en des termes défavorables pour le groupement représenté par la SOCIETE CYCLERGIE, le renoncement du SYTRAD, d'autres articles font, au contraire, état des mérites de l'offre et des irrégularités que comportait l'organisation d'une consultation de substitution ; qu'il n'est, dès lors, pas établi qu'une atteinte aurait été portée à la réputation de la requérante qui, d'ailleurs, ne fait état d'aucune baisse du volume de ses commandes ; que, par suite, sa demande d'indemnisation d'un préjudice commercial doit être rejetée ;

Considérant, en cinquième lieu, que les notes de frais et honoraires produites par la requérante concernent des prestations d'avocat livrées entre 1999 et 2002, dans le cadre de l'annulation des délibérations par lesquelles le conseil syndical du SYTRAD a renoncé à contracter avec le groupement représenté par la SOCIETE CYCLERGIE ; que ces dépenses sont étrangères au présent litige et ne peuvent davantage être indemnisées au titre des dépens de la présente instance, sur le fondement de l'article R. 761-1 du code de justice administrative ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, d'une part, que la SOCIETE CYCLERGIE est seulement fondée à demander que la condamnation, outre intérêts et capitalisation, prononcée par le Tribunal soit portée de 55 000 euros à 348 261,71 euros HT et que le jugement attaqué soit réformé à cette hauteur, d'autre part, que l'appel incident du SYTRAD doit être rejeté ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que, d'une part, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge du SYTRAD une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la SOCIETE CYCLERGIE et non compris dans les dépens ; que, d'autre part, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Cour fasse bénéficier la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais exposés à l'occasion du litige soumis au juge et non compris dans les dépens ; que, dès lors, les conclusions du SYTRAD doivent être rejetées ;

DECIDE :

Article 1er : La somme de 55 000 euros que le SYTRAD a été condamné à verser à la SOCIETE CYCLERGIE par le jugement n° 0701081-0702293 du Tribunal administratif de Grenoble en date du 30 octobre 2009 est portée à 348 261,71 euros HT.

Article 2 : Le SYTRAD versera à la SOCIETE CYCLERGIE une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le jugement n° 0701081-0702293 du Tribunal administratif de Grenoble en date du 30 octobre 2009 est réformé en ce qu'il a de contraire au présent arrêt.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions du SYTRAD sont rejetés.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la SOCIETE CYCLERGIE, au Syndicat de traitement de déchets Drôme-Ardèche (SYTRAD) et au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration.

Délibéré après l'audience du 19 mai 2011 à laquelle siégeaient :

M. du Besset, président de chambre,

Mme Verley-Cheynel, président-assesseur,

M. Arbarétaz, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 9 juin 2011.

”

”

”

”

1

2

N° 09LY03018

na

**Abstrats** : 39-02 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés.

60-01-02-02-02 Responsabilité de la puissance publique. Faits susceptibles ou non d'ouvrir une action en responsabilité. Fondement de la responsabilité. Responsabilité pour faute. Application d'un régime de faute simple.