

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE LYON**



N° 11LY01323

REGIE DEPARTEMENTALE DES
TRANSPORTS DE L'AIN

M. Besse
Rapporteur

Mme Vinet
Rapporteur public

Audience du 1^{er} mars 2012
Lecture du 22 mars 2012

39-02-02-01
C

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La Cour administrative d'appel de Lyon

(4^{ème} chambre)

Vu la requête, enregistrée le 25 mai 2011, présentée pour la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN, dont le siège est au 1, rue François Arago BP 8400 à Bourg en Bresse cedex (01008) ;

La REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN (RDTA) demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0805377 du 24 mars 2011 par lequel le Tribunal administratif de Lyon a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la convention de délégation de service public de transports en commun de voyageurs conclue le 5 juin 2008 entre la communauté de communes d'Oyonnax et la société Kéolis ;

2°) d'annuler ladite convention ou, à défaut, de prononcer sa résiliation ;

3°) de mettre à la charge de la communauté de communes d'Oyonnax une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient qu'eu égard à son économie générale et ses stipulations, la convention était un marché public et non une délégation de service public, dès lors que la rémunération de l'exploitant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation et que ce dernier ne supporte pas une part significative du risque d'exploitation ; que l'exploitant doit en effet percevoir une compensation forfaitaire, qui représente près de 80 % de sa rémunération et lui permet de couvrir 84 % de ses frais, lui garantissant ainsi une exploitation économiquement équilibrée ; que cette compensation forfaitaire a d'ailleurs été déterminée pour lui permettre

d'équilibrer ses recettes et ses charges ; que le risque est d'autant plus réduit que les usagers accueillis sont largement captifs, ce qui rend plus qu'improbable une exploitation déficitaire du service, le nombre d'usagers n'étant pas susceptible de diminuer significativement d'une année sur l'autre ; que le risque était d'autant plus limité que la durée de la délégation est courte et que la courbe d'évolution de la fréquentation était favorable ; que, même en cas de baisse de la fréquentation, comme ce fut le cas au début de la convention, la marge bénéficiaire de l'exploitant n'a pas été affectée et a même augmenté ; qu'au surplus, des mécanismes contractuels mettent l'exploitant à l'abri des aléas pouvant affecter l'exploitation ; qu'il en est ainsi des compensations supplémentaires et kilométriques, et ce d'autant plus que ces compensations font l'objet d'une révision prenant en considération l'ensemble des référentiels qui pourraient avoir un impact sur la rémunération du délégataire ; que le contrat prévoit également une clause de modification par avenant de la contribution financière, notamment en cas de modification importante des recettes de trafic ; que les conséquences de grèves éventuelles seraient également couvertes par le délégant ; que les négociations entreprises ont permis également d'alléger les contraintes pesant sur l'entreprise, s'agissant notamment de la définition du critère concernant la fiabilité du service, des implications du principe de la continuité du service, de la définition des clauses exonératoires de responsabilité en cas de grève, des relations du délégataire avec les exploitants de lignes interurbaines, des conséquences d'une augmentation des tarifs ; que plusieurs types de pénalités ont été supprimés lors des négociations ; que, dans le cas où la Cour considérerait qu'il s'agit bien d'une délégation de service public, elle devra l'annuler au regard des illégalités ayant entaché la procédure de passation ; qu'en particulier, la délibération sur le principe de la délégation a été adoptée sans que les élus ne disposent d'informations suffisamment précises et exhaustives, notamment en ce que ne sont pas présentées les autres formes de gestion du service envisageables ; que le comité technique paritaire aurait dû être saisi, alors même qu'il s'agissait du renouvellement de la convention, dès lors notamment que la collectivité ne pouvait préjuger de la décision qu'adopterait l'assemblée délibérante ; que l'avis de publicité ne comportait pas l'ensemble des caractéristiques essentielles du contrat, concernant notamment la reprise des moyens de transport utilisés par le précédent délégataire, la nécessité d'en acheter de nouveaux ou l'obligation de reprendre les contrats de location de certains d'entre eux ; qu'en l'absence d'une telle information, les candidats ont pu penser qu'il s'agissait d'une concession et non d'un affermage ; que le principe d'égalité entre les candidats a été méconnu, en l'absence de diffusion d'information sur les contrats de location des véhicules qui devaient être repris, la collectivité ne pouvant utilement opposer la protection du secret industriel et commercial ; que, pour sélectionner les candidats, la communauté de communes d'Oyonnax s'est irrégulièrement fondée sur un critère qui n'était pas préalablement annoncé, à savoir le respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés ; que son offre a été irrégulièrement écartée au regard de son seul prix global, sans que ne soient pris en compte les autres critères, en méconnaissance du règlement de consultation ; que, la commission de délégation de service public n'ayant fait que reprendre le rapport d'analyse des offres, elle a méconnu sa compétence ; que l'appréciation portée sur son prix est entachée d'une erreur de fait, dès lors que son offre n'était pas la plus élevée, l'autorité délégante ayant commis une erreur de calcul ; que la société finalement retenue présentait le prix le plus élevé ; qu'il n'est pas établi que les offres des deux candidats admis à négocier ont été examinées au regard des critères annoncés ; que les adaptations au contrat apportées en cours de concession ont abouti à changer la nature du contrat ; que tous les candidats auraient dû être invités à modifier leur offre ; que l'avis de la commission de service public n'était pas motivé ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 4 novembre 2011, présenté pour la communauté de communes d'Oyonnax, qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que la requérante n'a pas intérêt pour agir, dès lors qu'elle est une régie publique de transport bénéficiant de ressources et moyens d'origine publique et que, n'ayant pas justifié que son offre avait été déterminée en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects sans bénéficier des avantages qu'elle retire de sa mission de service public, elle était irrecevable ; que le directeur de la RDTA ne justifie pas avoir été régulièrement autorisé à agir en justice ; que dès lors que le délégataire supporte un risque d'exploitation, il s'agit bien d'une délégation de service public ; que le rapport présenté aux élus devait présenter les caractéristiques des prestations que devait assurer le délégataire, ce qui a bien été le cas ; que, dès lors que le renouvellement de la convention n'affectait pas l'organisation et les conditions générales de fonctionnement du service, le comité technique paritaire n'avait pas à être préalablement consulté ; que les informations contenues dans l'avis de publicité étaient suffisamment précises ; que toutes les informations nécessaires concernant le parc des véhicules ont été transmises aux candidats ; que l'examen du respect par les candidats du critère de sélection des candidatures ne constituait pas un nouveau critère, dès lors qu'il était précisé que cet examen se ferait notamment au regard des attestations justifiant que le candidat était à jour de ses obligations au regard du droit du travail ; qu'il n'est pas établi que l'offre de la RDTA aurait été écartée au regard de son seul prix ni que la commission de délégation de service public n'aurait fait que reprendre le rapport d'analyse des offres ; qu'aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été commise au regard du prix proposé ; que les candidats ont été admis à négocier après analyse de leur offre au regard de l'ensemble des critères ; que les modifications apportées au contrat en cours de négociation n'étaient pas substantielles ; que l'avis de la commission de délégation de service public était suffisamment motivé ; que l'annulation de la convention entraînerait une atteinte excessive à l'intérêt général ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 4 novembre 2011, présenté pour la société Kéolis, qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que la requête est irrecevable, en l'absence de justification de l'habilitation à agir du président de la RDTA ; que la requête de première instance était irrecevable, la RDTA étant dépourvue d'intérêt pour agir au regard du caractère irrecevable de son offre, celle-ci n'ayant pas justifié que son offre a été déterminée en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects sans bénéficier des avantages qu'elle retire de sa mission de service public ; que la circonstance que sa candidature a été acceptée est à cet égard sans incidence ; que l'exploitant subit un risque inhérent à l'activité exploitée, concernant l'évolution de la fréquentation, la clientèle n'étant pas captive, l'exploitation, qui dépend notamment de facteurs exogènes, l'aléa industriel lié à des investissements lourds nécessitant une forte maintenance, l'aléa social, lié au personnel et l'aléa qualité ; qu'elle supporte les risques liés à des grèves, aux tiers et voyageurs transportés, à la responsabilité des biens nécessaires à l'exploitation, à la surveillance des installations, à la nécessité pour elle de maîtriser ses charges d'exploitation, à son engagement de productivité, aux sanctions et pénalités pouvant peser sur elle ; que la RDTA ne peut utilement se prévaloir des clauses de l'article 21.2 qui traitent de situations exceptionnelles ; que la contribution forfaitaire ne couvre que 80 % des coûts ; que le rapport présenté aux élus était suffisant ; que, dès lors que le renouvellement de la convention n'affectait pas l'organisation et les conditions générales de fonctionnement du service, le comité technique paritaire n'avait pas à être préalablement consulté ; que les informations contenues dans l'avis de

publicité étaient suffisamment précises ; qu'il n'est pas établi que la RDTA avait bien interrogé le délégataire sur le transfert des contrats de location ; que la réponse donnée permettait d'apporter des infirmations suffisantes sans méconnaître le secret industriel et commercial ; que la sélection des candidatures a été régulière ; qu'il n'est pas établi que l'offre de la RDTA aurait été écartée au regard de son seul prix ni que la commission de délégation de service public n'aurait fait que reprendre le rapport d'analyse des offres ; que le délégataire ne s'est pas trompé dans l'analyse du prix de la RDTA ; qu'aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été commise au regard du prix proposé ; que les candidats ont été admis à négocier après analyse de leur offre au regard de l'ensemble des critères ; que les modifications apportées au contrat en cours de négociation n'étaient pas substantielles ; que l'avis de la commission de délégation de service public était suffisamment motivé ;

Vu le mémoire, enregistré le 6 février 2012, présenté pour la société Kéolis, qui persiste dans ses conclusions ;

Elle soutient en outre que l'annulation du contrat ne pourrait qu'être la conséquence ultime d'une irrégularité substantielle ; que la sécurité contractuelle et le respect de l'intérêt général doivent être mis en balance avec la légalité ; qu'une annulation aurait pour effet de mettre en difficulté le délégataire, d'obérer l'autonomie de la collectivité dans le cadre d'une future procédure de mise en concurrence et de faire peser les conséquences d'une annulation sur les usagers ;

Vu le mémoire, enregistré le 6 février 2012, présenté pour la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN, qui persiste dans ses conclusions ;

Elle soutient en outre qu'ayant déposé une candidature et cette dernière étant recevable, elle a la qualité de candidat évincé, recevable à contester la convention de délégation de service public ; qu'elle n'avait pas à produire de documents comptables établissant que son offre était régulière, au regard du principe de liberté de la concurrence, dès lors qu'elle avait produit un compte d'exploitation prévisionnel comprenant l'ensemble des postes de charges et que ces prévisions étaient cohérentes avec les offres des deux autres candidats ; que son offre ayant été jugée trop élevée, il n'est pas possible de contester raisonnablement qu'elle a été déterminée en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix ; que l'examen des différents postes de charges ne révèle aucun avantage découlant de sa mission de service public ; que le risque d'exploitation et le risque industriel, ainsi que l'aléa social, caractérisent aussi bien les marchés publics que les délégations de service public ; qu'elle n'avait pas à envoyer sa demande de complément d'information par courrier recommandé ;

Vu le mémoire, enregistré le 23 février 2012, présenté pour la communauté de communes d'Oyonnax, qui persiste dans ses conclusions par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

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 1^{er} mars 2012 :

- le rapport de M. Besse, premier conseiller,

- les conclusions de Mme Vinet, rapporteur public,

- et les observations de Me Hourcabié, représentant la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN, de Me Piechon, représentant la communauté de communes d'Oyonnax, et de Me Le Miere, représentant la société Kéolis ;

Vu la note en délibéré enregistrée le 2 mars 2012, pour la communauté de communes d'Oyonnax ;

Vu la note en délibéré enregistrée le 5 mars 2012, pour la société Kéolis ;

Vu la note en délibéré enregistrée le 6 mars 2012, pour la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN ;

Vu la note en délibéré enregistrée le 6 mars 2012, pour la société Kéolis ;

Considérant que la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN relève appel du jugement du 24 mars 2011 par lequel le Tribunal administratif de Lyon a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la convention de délégation de service public de transports en commun de voyageurs conclue le 5 juin 2008 entre la communauté de communes d'Oyonnax et la société Kéolis ;

Sur la recevabilité de la requête d'appel :

Considérant qu'aux termes de l'article 12 des statuts de la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN : « *Le directeur intente après autorisation du conseil d'administration les actions en justice.* » ; que, par délibération du 5 octobre 2011, le conseil d'administration de la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN a autorisé son directeur à faire appel du jugement du Tribunal administratif de Lyon en date du 24 mars 2011 ; que, par suite, la fin de non-recevoir tirée du défaut d'habilitation régulière de ce directeur doit être écartée ;

Sur la recevabilité de la demande de première instance :

Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que, par délibération du 25 juin 2008, le conseil d'administration de la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN avait régulièrement autorisé son directeur à agir en justice en vue de contester la procédure d'attribution de la convention de délégation de service public de transports en commun de voyageurs de la communauté de communes d'Oyonnax ;

Considérant, en second lieu, qu'indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction

contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN avait présenté une candidature puis, après admission de cette dernière, une offre en vue de l'attribution de la convention de délégation de service public litigieuse ; que, par suite, et à supposer même que la communauté de communes d'Oyonnax aurait été tenue de rejeter son offre au motif que l'établissement ne justifiait pas de ressources ou moyens alloués dans le cadre de sa mission de service public, elle est recevable, en tant que candidat évincé, à demander l'annulation de la convention conclue le 5 juin 2008 ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

Considérant que, saisi de conclusions contestant la validité d'un contrat, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité de ce dernier, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales : "(...) *Au vu de l'avis émis par cette commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre.* » ; qu'aux termes de l'article 3.1 du règlement de la consultation : "*l'analyse des offres sera effectuée en fonction des critères de jugement énoncés ci-dessous et en fonction de leur hiérarchisation : 1. L'aspect technique, la qualité, la continuité du service et la force de proposition ressortant de l'offre ; 2. L'aspect financier* » ; que l'article 3.2 du règlement de consultation précise que le critère « aspect financier » serait examiné au regard de la cohérence globale des comptes d'exploitation prévisionnels ;

Considérant qu'il résulte de l'examen du procès-verbal de la réunion de la commission de délégation de service public en date du 26 février 2008 que cette dernière a émis un avis défavorable à l'entrée en négociation avec la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN en raison du « prix global trop élevé de son offre » ; qu'il résulte toutefois de l'instruction qu'ainsi que le soutient la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN, une erreur a été faite dans l'analyse de son offre, s'agissant du montant des dépenses d'exploitation, lesquelles devaient être fixées pour l'exercice 2009, en intégrant une somme de 25 000 euros au titre des impôts, à la somme de 1 012 651 euros, et non 1 076 500 euros, somme retenue dans le rapport d'analyse des offres auquel a renvoyé la commission de délégation de service public ; qu'en retenant ces sommes, le montant de la contribution forfaitaire que la communauté de communes d'Oyonnax devait verser s'élevait, dans l'offre de la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN, à 821 000 euros pour l'année 2009 et 821 600 euros pour l'année 2012, contre 809 000 et 779 000 euros respectivement dans l'offre de la société Kéolis, 692 000 et 724 000 euros respectivement pour le troisième candidat ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que, compte tenu de la faible différence entre les contributions prévisionnelles des deux premières offres, l'autorité délégante aurait décidé d'écarter l'offre de la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN pour le seul motif tiré du caractère trop élevé de son prix, sans même lui donner la possibilité de négocier, si elle n'avait pas commis d'erreur de fait dans son analyse ;

Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN aurait utilisé des ressources allouées dans le cadre de sa mission de service public pour abaisser ses prix et fausser la concurrence ; que compte tenu, d'une part, de la nature de l'irrégularité commise, qui a ainsi pu affecter le choix du délégataire, d'autre part, de la nécessité d'intérêt général que ne soit pas interrompu le service public de transport des voyageurs sur la communauté de communes d'Oyonnax, il y a lieu de résilier la convention de délégation de service public conclue le 5 juin 2008, avec effet au 1^{er} décembre 2012 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Lyon a rejeté sa demande ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN, qui n'est pas partie perdante, indemnise la communauté de communes d'Oyonnax et la société Kéolis des frais non compris dans les dépens qu'ils ont exposés ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la communauté de communes d'Oyonnax la somme de 2 000 euros au titre des frais non compris dans les dépens exposés par la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le jugement n° 0805377 du 24 mars 2011 du Tribunal administratif de Lyon est annulé.

Article 2 : La convention de délégation de service public de transports en commun de voyageurs conclue le 5 juin 2008 entre la communauté de communes d'Oyonnax et la société Kéolis est résiliée, avec effet au 1^{er} décembre 2012.

Article 3 : La communauté de communes d'Oyonnax versera à la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la communauté de commune d'Oyonnax et de la société Kéolis tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la REGIE DEPARTEMENTALE DES TRANSPORTS DE L'AIN, à la communauté de communes d'Oyonnax, à la société Kéolis et au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration.

Délibéré après l'audience du 1^{er} mars 2012, où siégeaient :

- M. du Besset, président de chambre,
- Mme Verley-Cheynel, président-assesseur,
- M. Besse, premier conseiller ;

Lu en audience publique, le 22 mars 2012.

Le rapporteur,

Le président,

T. BESSE

E. du BESSET

La greffière,

M.T. PILLET

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, en ce qui le concerne, et à tous huissiers de justice à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution du présent arrêt.

Pour expédition,
La greffière,