

N° 10PA00221

----

SOCIETE BYMS RECRUTEMENT

\_\_\_\_\_  
M. Fournier de Laurière  
Président

\_\_\_\_\_  
M. Ladreyt  
Rapporteur

\_\_\_\_\_  
M. Dewailly  
Rapporteur public

\_\_\_\_\_  
Audience du 20 juin 2011  
Lecture du 4 juillet 2011

**REPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

La Cour administrative d'appel de Paris

(6<sup>ème</sup> Chambre)

Vu la requête, enregistrée le 14 janvier 2010, pour la SOCIETE BYMS RECRUTEMENT, dont le siège social est 1 rue Auguste Page, Baie des Citrons BP 13635, à Nouméa Cedex (98803), par Me Gandelin ; la SOCIETE BYMS RECRUTEMENT demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0900151 du 29 octobre 2009 du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie rejetant sa demande tendant à l'annulation de la décision implicite par laquelle le président de l'assemblée de la province sud a refusé, d'une part, d'annuler la décision attribuant à la société Sodie un marché relatif à la réalisation d'accompagnement de salariés et d'entreprises et, d'autre part, d'indemniser la société requérante du manque à gagner qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction ;

2°) de condamner la province sud à lui verser une somme de 386 903 560 F CFP en réparation du gain escompté ;

3°) de mettre à la charge de la province sud la somme de 400 000 F CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de justice administrative, dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération du congrès n° 136 du 1<sup>er</sup> mars 1967 modifié portant réglementation des marchés publics ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 20 juin 2011 :

- le rapport de M. Ladreyt, rapporteur,
- les conclusions de M. Dewailly, rapporteur public,
- et les observations de Me Lazennac représentant la Province sud ;

### **Sur l'intervention de la société Sodie :**

Considérant que, eu égard à sa qualité d'attributaire du marché litigieux, la société Sodie a intérêt au maintien du jugement attaqué ; que son intervention est donc recevable ;

### **Sur la régularité du jugement attaqué :**

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article R. 612-3 du code de justice administrative : « Lorsqu'une des parties appelées à produire un mémoire n'a pas respecté le délai qui lui a été imparti en exécution des articles R. 611-10, R. 611-17 et R. 611-26, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'Etat, le président de la sous-section chargée de l'instruction peut lui adresser une mise en demeure... » ;

Considérant, en premier lieu, que si la SOCIETE BYMS RECRUTEMENT soutient que le tribunal administratif aurait observé un délai anormalement long avant d'adresser à la province sud une mise en demeure aux fins de produire ses observations en défense, la mise en demeure de produire un mémoire, prévue à l'article R. 612-3 du code de justice administrative, reste une mesure facultative pour le président de la formation de jugement et n'est enserrée dans aucun délai ; que, dès lors, ce moyen ne peut qu'être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, que si la société requérante soutient qu'elle n'aurait pas disposé d'un temps suffisant pour répondre au mémoire en défense de l'administration qui lui a été transmis le 3 octobre 2009, il ressort de la lecture du jugement attaqué que les premiers juges n'ont tenu aucun compte les éléments avancés par l'administration dans ce mémoire en défense pour motiver la solution qu'ils ont apportée à ce litige ; qu'en effet, les conclusions en excès de pouvoir présentées par la société requérante ont été rejetées d'office comme irrecevables par le tribunal après communication aux parties d'un moyen d'ordre public et les conclusions indemnitaires par cette même société ont été rejetées uniquement au vu de l'insuffisance des éléments présentés par elle dans le cadre de sa demande ; que, dans ces conditions, ce moyen ne pourra qu'être écarté ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article R. 613-2 du code de justice administrative : « Si le président de la formation de jugement n'a pas pris une ordonnance de

clôture, l'instruction est close trois jours francs avant la date de l'audience indiquée dans l'avis d'audience prévu à l'article R. 711-2.. » ;

Considérant, en troisième lieu, que le mémoire en réplique produit par la société le 7 octobre 2009 ne pouvait qu'être écarté comme étant tardif dès lors que la clôture de l'instruction était fixée au 6 octobre à minuit en application des dispositions précitées de l'article R. 613-2 ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative : « Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'Etat, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué.... » ;

Considérant, en quatrième lieu, que si la société requérante soutient que les premiers juges ne pouvaient adresser aux parties un courrier pour leur indiquer que la solution du litige était susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office sans leur fixer un délai pour produire leurs observations, il résulte de l'instruction que la lettre en date du 30 septembre 2009 adressée à cet effet aux parties mentionnait la date d'audience fixée au 8 octobre 2009 ; que cette date doit être regardée comme la date ultime de présentation desdites observations ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article R. 632-1 du code de justice administrative : « L'intervention est formée par mémoire distinct. Le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'Etat, le président de la sous-section chargée de l'instruction ordonne, s'il y a lieu, que ce mémoire en intervention soit communiqué aux parties et fixe le délai imparti à celles-ci pour y répondre. Néanmoins, le jugement de l'affaire principale qui est instruite ne peut être retardé par une intervention. » ;

Considérant, en cinquième lieu, que si la société requérante soutient qu'elle n'aurait eu connaissance qu'à l'audience de l'intervention formée par la société Sodie, le président de la formation de jugement reste libre d'apprécier, en application des dispositions de l'article R. 632-1 précité, s'il y a lieu ou non de communiquer aux parties un mémoire en intervention ; qu'en l'espèce, il ne résulte pas de la lecture du jugement attaqué que les premiers juges aient pris en compte les éléments avancés dans le cadre des mémoires en intervention produits par la société Sodie pour motiver la solution apportée au litige ; que, dès lors, ce moyen ne peut qu'être écarté ;

Considérant, en sixième lieu, que le président de la formation de jugement est libre d'apprécier la suite à donner à la demande de renvoi formée par la société requérante ; qu'il pouvait considérer que l'affaire était en état d'être jugée ; que, dès lors, ce moyen ne pourra qu'être écarté ;

#### **Sur les conclusions aux fins d'annulation de la décision d'attribution :**

Considérant qu'à partir de la conclusion du contrat, le concurrent évincé d'une procédure de marché public n'est plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

Considérant que si la SOCIETE BYMS RECRUTEMENT a présenté, par demande enregistrée le 20 mai 2009, des conclusions tendant à l'annulation de la décision par laquelle le

président de la province sud a attribué le marché de gré à gré à la société Sodie, il résulte de l'instruction que ce contrat a été signé le 2 mars 2009 ; que, dès lors, les premiers juges étaient fondés à rejeter lesdites conclusions comme étant irrecevables ;

### **Sur les conclusions indemnitaires :**

Considérant que, 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 ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ;

En revanche, comme le relève expressément la société Sodie intervenante, les moyens présentés ne sont opérants qu'en tant qu'ils visent la procédure de marché de gré à gré, la procédure antérieure d'appel d'offres n'ayant donné lieu à la conclusion d'aucun contrat. Ainsi peut être écarté comme inopérant le moyen soulevé par la société requérante selon lequel le délai de présentation des offres aurait été reporté, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, au profit de la société Sodie ;

### **En ce qui concerne une faute éventuelle commise par le pouvoir adjudicateur :**

Considérant que si la société requérante soutient, en premier lieu, que ce marché aurait été attribué de façon occulte, l'avis d'attribution dudit marché a été publié au journal officiel de Nouvelle-Calédonie du 31 mars 2009 et aux Lettres Calédoniennes du 7 mars 2009 ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 35 de la délibération du congrès n° 136 du 1er mars 1967 modifié portant réglementation des marchés publics, il peut être passé un marché de gré à gré pour les services qui, ayant donné lieu à un appel à la concurrence, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des offres inacceptables ; que si la société requérante conteste, en deuxième lieu, les motifs ayant conduit le pouvoir adjudicateur à déclarer la procédure d'appel d'offres infructueuse, il résulte de l'instruction que les offres présentées par les trois sociétés candidates ont été jugées inacceptables ; que si, à cet égard, l'administration a pu commettre une erreur matérielle en faisant référence dans le courrier informant les candidats du rejet de leur offre à l'article 27-2 de cette délibération, c'est bien l'article 35 5° précité dont il est fait mention sur l'acte d'engagement ; que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur ne justifie pas de l'existence de nécessités techniques ou d'investissements préalables importants dès lors que ce marché négocié a été passé en application du 5° et non du 2° de l'article 35 précité ;

Considérant que si la société requérante soutient, en troisième lieu, que la société Sodie ne pouvait être retenue comme attributaire dès lors qu'elle avait été associée en amont à la préparation de ce marché, elle n'établit pas que cette société aurait ainsi recueilli à cette occasion des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats à l'attribution du marché litigieux ;

Considérant que si la société requérante soutient, en quatrième lieu, qu'elle aurait été la mieux placée pour remporter ce marché, il résulte de la lecture du tableau d'analyse des offres qu'elle est arrivée en troisième et avant dernière position ;

Considérant que si la société requérante soutient, en cinquième lieu, que la société attributaire n'aurait pas respecté les conditions relatives à la sous-traitance, il résulte de l'instruction que celle-ci a déclaré dans son offre s'attacher les services de partenaires locaux ; que ladite société n'avait pas, par ailleurs, l'obligation de déclarer ses sous-traitants dès le stade du lancement de la procédure ;

Considérant, en sixième lieu, qu'il résulte de l'instruction que c'est bien la société Sodie qui a été retenue attributaire du marché, comme l'attestent les mentions figurant sur l'acte d'engagement ;

Considérant que si la société requérante soutient, en septième lieu, que la répartition des lots du marché figurant sur le tableau des critères serait différente de celle prévue au règlement de consultation déterminant des groupes de lots, cette circonstance est sans incidence du moment qu'il résulte de l'instruction que la société a bien été attributaire du groupe de lots numérotés de 1 à 3, le lot n° 4 ayant été déclaré infructueux ;

Considérant que si la société requérante soutient, enfin, que les sociétés candidats ne pouvaient être informées de la décision d'attribution dès le 3 décembre 2008 alors que la commission des finances de la province sud n'avait pas donné son aval, cette information pouvait être délivrée dès la décision d'attribution ;

Considérant qu'en l'absence d'irrégularité commise par le pouvoir adjudicateur lors de l'attribution du marché litigieux, la SOCIETE BYMS RECRUTEMENT ne peut soutenir avoir été privée de chances sérieuses d'emporter ledit marché ; que ces conclusions ne peuvent, par suite, qu'être rejetées ;

**Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :**

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Province sud, qui n'est pas la partie perdante à l'instance, soit condamnée à verser la somme demandée par la SOCIETE BYMS RECRUTEMENT au titre des dispositions susmentionnées ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit, dans les circonstances de l'espèce, aux conclusions présentées à ce titre par la Province sud à l'égard de la société appelante ; qu'en revanche, il y a lieu de condamner la SOCIETE BYMS RECRUTEMENT à verser une somme de 1 500 euros au titre des dispositions susmentionnées ;

DECIDE :

Article 1<sup>er</sup> : L'intervention de la société Sodie est admise.

Article 2 : La requête de la SOCIETE BYMS RECRUTEMENT est rejetée.

Article 3 : La SOCIETE BYMS RECRUTEMENT versera une somme de 1 500 euros à la société Sodie au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.