

Conseil d'État

N° 342394

Inédit au recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Bernard Stirn, président

M. Laurent Cytermann, rapporteur

M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

LE PRADO ; SCP LYON-CAEN, THIRIEZ, avocats

Lecture du vendredi 23 décembre 2011

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 11 août et 10 novembre 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société J.C. DECAUX, dont le siège est au 17 rue Soyer à Neuilly-sur-seine (92200) ; la société J.C. DECAUX demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 09NT01712 du 4 juin 2010 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes, tout en annulant le jugement du tribunal administratif de Rennes du 20 mai 2009, a rejeté la demande de la société J.C. DECAUX tendant à la condamnation de la commune de Rennes et de la communauté d'agglomération de Rennes Métropole à lui verser solidairement la somme de 2 750 000 euros, assortie des intérêts légaux à compter du 9 septembre 2004 et de la capitalisation des intérêts, en réparation du préjudice qu'elle a subi en raison de son éviction du marché passé en vue de la fourniture de mobiliers urbains d'information municipale, ainsi que d'abris de voyageurs pour les usagers de transports en commun ;

2°) de condamner solidairement la commune de Rennes et la communauté d'agglomération de Rennes Métropole à lui verser une somme de 2 750 000 euros assortie des intérêts au taux légal à compter du 9 septembre 2004 et de leur capitalisation à compter du 27 décembre 2007 ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Rennes et de la communauté de Rennes Métropole le versement de la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ainsi qu'une somme de 4 000 euros à la charge de la commune de Rennes et une somme de 4 000 euros à la charge de la communauté de Rennes Métropole ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 5 décembre 2011, présentée pour la société J.C. DECAUX ;

Vu le code des marchés publics, dans sa version applicable à la date de passation du contrat ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Laurent Cytermann, chargé des fonctions de Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la société J.C. DECAUX et de Me Le Prado, avocat de la commune de Rennes et de la communauté d'agglomération de Rennes Métropole,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la société J.C. DECAUX et à Me Le Prado, avocat de la commune de Rennes et de la communauté d'agglomération de Rennes Métropole,

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Rennes et le district urbain de l'agglomération rennaise, aux droits duquel est venue la communauté d'agglomération de Rennes Métropole, ont décidé d'organiser une procédure d'appel d'offres sur performances en vue de la fourniture de mobiliers urbains d'information municipale et d'abris-voyageurs pour les usagers de transport en commun ; que par des délibérations adoptées le 15 et le 26 septembre 1997, le conseil municipal et le conseil du district ont pris acte de la décision du bureau du groupement d'achats de retenir la variante n° 2 de la société More Group France, qui comportait, outre la fourniture du mobilier urbain, la mise à disposition de 200 vélos et le reversement de 2,5 % du chiffre d'affaires ; que par un arrêt du 30 juillet 2003 devenu définitif, rendu à la demande de la société J.C. DECAUX, concurrente évincée et précédent titulaire du marché, la cour administrative d'appel de Nantes a annulé les délibérations et décisions relatives à la passation du marché, au motif que les collectivités publiques étaient en mesure de définir avec une précision suffisante les moyens techniques et financiers propres à répondre à leurs besoins et n'avaient donc pu régulièrement recourir à la procédure d'appel d'offres sur performances ; que la société J.C. DECAUX a demandé le 9 septembre 2004 à la commune et à la communauté d'agglomération de l'indemniser solidairement de son manque-à-gagner, à hauteur de 2 750 000 euros ; qu'elle a saisi le tribunal administratif de Rennes d'une demande d'annulation des décisions implicites de rejet qui lui ont été opposées ; que par un arrêt du 4 juin 2010, contre lequel la société J.C. DECAUX se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes, après annulation du jugement du tribunal administratif de Rennes du 20 mai 2009 et évocation du litige, a rejeté sa demande indemnitaire ;

Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter ce marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché

; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

Considérant que, pour estimer que la société J.C. DECAUX était dépourvue de chances sérieuses d'emporter le marché, la cour administrative d'appel de Nantes, après avoir écarté la variante n° 2 proposée par la société More Group comportant la mise à disposition des usagers de 200 vélos, comme ne pouvant correspondre à l'objet d'un marché passé sur appel d'offres ouvert ou restreint selon une procédure non dérogatoire, a retenu comme base de comparaison la variante n° 1, laquelle comportait une clause financière prévoyant la rétrocession à la commune de Rennes et à la communauté d'agglomération de Rennes Métropole d'un pourcentage de 5 % du chiffre d'affaires à compter de la quatrième année ;

Considérant, en premier lieu, que la cour administrative d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la comparaison des deux seules offres de base présentées par les deux sociétés, sans les variantes, a pu sans erreur de droit, après avoir estimé qu'aucune disposition du code des marchés publics alors en vigueur ne faisait obstacle à ce que les critères de choix initialement retenus dans le cadre de l'appel d'offres sur performance le soient à l'identique dans le cadre d'un appel d'offres ouvert ou restreint passé selon la procédure non dérogatoire, juger que le critère n° 2 du règlement de consultation, intitulé performance de l'offre sur ses aspects, autres que techniques, notamment au regard des propositions variantes éventuellement proposées, ne pouvait être compris, compte tenu de l'objet du marché et de la définition des autres critères, que comme laissant la possibilité pour les candidats de proposer des variantes à caractère financier ; qu'elle a ainsi pu sans erreur de droit ni insuffisance de motivation juger que ce critère aurait pu valablement être retenu dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres non dérogatoire ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'elle n'a pas non plus commis d'erreur de droit ni insuffisamment motivé son arrêt en jugeant que l'existence dans cette variante n° 1 d'une clause de reversement de 5 % du chiffre d'affaires à compter de la quatrième année ne conduisait pas à écarter l'offre dès lors que cette variante, avec sa clause financière, n'était pas contraire au règlement de consultation ;

Considérant, en troisième lieu, que pour écarter le moyen tiré de ce que le reversement de 5 % du chiffre d'affaires proposé par la société More Group dans sa variante n° 1 avait le caractère d'une redevance domaniale prohibée par le règlement de consultation prévoyant la gratuité de l'occupation du domaine public, la cour administrative d'appel s'est fondée sur ce que cette clause financière représentait le reversement d'une partie des recettes commerciales de la société titulaire du marché et non le produit d'une redevance domaniale ; qu'en statuant ainsi, la cour n'a commis ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique, n'a pas dénaturé les pièces du dossier ni insuffisamment motivé son arrêt ; que la circonstance que la cour ait aussi écarté la qualification de redevance domaniale en se fondant, à titre superfétatoire, sur le motif erroné que les sommes n'étaient pas fixées par la collectivité propriétaire du domaine public mais avaient été proposées par la société est, en tout état de cause, sans incidence sur la solution qu'elle a adoptée ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le pourvoi de la société J.C. DECAUX doit être rejeté ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société J.C. DECAUX le versement à la commune de Rennes et à la communauté d'agglomération de Rennes Métropole d'une somme de 3 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que les mêmes dispositions font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge de la commune de Rennes et de la communauté d'agglomération de Rennes Métropole, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, le versement de la somme demandée par la société J.C. DECAUX ;

D E C I D E :

Article 1er : Le pourvoi de la société J.C. DECAUX est rejeté.

Article 2 : La société J.C. DECAUX versera à la commune de Rennes et la communauté d'agglomération de Rennes Métropole une somme de 3 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société J.C. DECAUX, à la commune de Rennes et à la communauté d'agglomération de Rennes Métropole.