

Cour Administrative d'Appel de Marseille

**N° 11MA02463**

Inédit au recueil Lebon

**6ème chambre - formation à 3**

M. GUERRIVE, président

Mme Micheline LOPA-DUFRENOT, rapporteur

Mme FELMY, rapporteur public

AMADEI, avocat(s)

lecture du lundi 23 décembre 2013

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la requête, enregistrée le 27 juin 2011 en télécopie, régularisée par la production de l'original le 1er juillet 2011, au greffe de la cour administrative d'appel de Marseille, sous le n° 11MA02463, présentée pour l'association Boitaclos, représentée par son président en exercice, et dont le siège est 44 rue Foch à Perpignan (66240), par MeB... ;

L'association Boitaclos demande à la Cour :

1°) de réformer le jugement n° 0904764 du 13 mai 2011 par lequel le tribunal administratif de Montpellier a condamné la commune de Saint-Estève à lui verser la somme de 25 077,92 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 11 septembre 2009, outre la capitalisation des intérêts à compter du 12 septembre 2011, celle de 1 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et a rejeté le surplus de sa demande ;

2°) de condamner la commune de Saint-Estève à lui verser la somme de 758 472 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 11 septembre 2009 outre la capitalisation des intérêts à chaque année échue et ce jusqu'à ce que la Cour statue sur la présente requête ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Estève la somme de 5 000 euros en

application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et les dépens comprenant les droits de plaidoirie ;

.....  
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code pénal ;

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 2 décembre 2013 :

- le rapport de Mme Lopa Dufrénot, rapporteur,

- les conclusions de Mme Felmy, rapporteur public,

- et les observations de Me B...représentant l'association Boitaclous et de Me C... représentant la commune de Saint-Estève ;

1. Considérant qu'à la suite d'une procédure d'appel à la concurrence, le maire de Saint-Estève a, par un marché conclu le 4 juin 2009, confié à l'association Boitaclous la réalisation de prestations de service en vue de l'organisation de spectacles à la salle multiculturelle de la commune, comportant une tranche ferme pour vingt et un spectacles et quatre journées de festival sur une période de trois mois à compter du 19 janvier 2010 et une tranche conditionnelle pour soixante et onze spectacles et sept journées de festival au cours des douze mois suivants ; que le préfet des Pyrénées-Orientales a formé un recours gracieux en vue du retrait de ce marché au motif que le choix arrêté par la commission d'appel d'offres était entaché d'irrégularité dès lors que les prestations prévues par le marché avaient été attribuées à l'association Boitaclous alors que son offre relative aux prestations de "billetterie" et de "location de salle" était moins bien classée que celles d'autres candidats ; que le maire de Saint Estève a " retiré " ce marché le 4 août 2009 ; que l'association Boitaclous a demandé la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait du " retrait " ainsi prononcé : que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif a limité la somme que la commune de Saint-Estève a été condamnée à lui verser à 25 077,92 euros et rejeté le surplus de sa demande ; que la commune de Saint-Estève demande l'annulation de ce jugement, par la voie de l'appel incident ;

Sur l'intervention volontaire de M.D... :

2. Considérant que l'intervention volontaire de M. D...ancien maire de la commune de Saint-Estève, n'est présentée ni au soutien de la demande de l'association requérante, ni à celui des conclusions de la commune dont il conteste le moyen tiré de ce que la faute qu'il aurait commise lui serait personnelle et détachable du service ; qu'en outre, il ne formule aucune critique à l'encontre du jugement en cause ; que l'intervention volontaire de M. D...ne peut donc être admise ;

Sur la régularité du jugement attaqué :

3. Considérant, en premier lieu, que le moyen tiré de ce que le jugement en cause n'a pas visé, ni analysé les conclusions et moyens des parties, n'est pas assorti de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes du premier alinéa 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... peut lui adresser une mise en demeure " ; qu'en vertu des dispositions de l'article R. 612-6 du même code : " Si, malgré une mise en demeure, la partie défenderesse n'a produit aucun mémoire, elle est réputée avoir acquiescé aux faits exposés dans les mémoires du requérant " ;

5. Considérant qu'il résulte de la fiche de suivi de la requête établie par le greffe du tribunal administratif que, par une lettre du 12 janvier 2010, la commune de Saint-Estève a été mise en demeure de produire ses observations en réponse à la demande présentée par l'association Boitaclous dans un délai de trente jours ; qu'à la demande de la commune, le tribunal a accordé un délai supplémentaire pour produire ; que, dès lors que la clôture de l'instruction n'était pas intervenue, le dépassement du délai imparti à la commune par la mise en demeure n'a pas été de nature à rendre irrecevable son mémoire en défense enregistré au greffe le 22 avril 2010 ; que, dès lors, celle-ci ne pouvait être réputée avoir acquiescé aux faits exposés dans les mémoires de l'association requérante ; que, par suite, le tribunal n'a pas entaché son jugement d'irrégularité en n'écartant pas les écritures de la commune ;

6. Considérant, en troisième lieu, que le tribunal a rejeté les demandes présentées par l'association requérante au titre des dépenses engendrées par la conception, l'édition et la distribution des avant-programmes et la conception et l'édition des affiches 40 x 60 au motif que ces frais " correspondent à des charges qu'elle aurait supportées en tout état de cause " ; qu'en outre, la demande de réparation au titre des " incidences financières négatives " relève de celle relative au préjudice économique et au manque à gagner résultant de la privation de bénéfice ; que le tribunal a rejeté ces demandes au motif que celles-ci n'étaient pas justifiées, par une motivation suffisante ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de l'irrégularité du jugement sur ce point doit être écarté ;

7. Considérant, en dernier lieu, qu'en première instance, la commune de Saint-Estève a fait valoir que la faute de l'association Boitaclous était de nature à l'exonérer de sa responsabilité quasi-délictuelle ; que dès lors que le tribunal a retenu la responsabilité contractuelle de la commune, en ne statuant pas sur ce moyen, il n'a pas entaché son jugement d'irrégularité ;

Sur le bien-fondé du jugement attaqué :

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle :

8. Considérant que lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ;

9. Considérant que, comme il a été dit, le maire de la commune a, par un marché signé le 4 juin 2009, confié à l'association Boitaclous la réalisation de prestations de service ; que par un jugement du 26 janvier 2012, le tribunal correctionnel de Montpellier a déclaré M. D...coupable d'avoir à Saint-Estève entre les mois d'avril et juin 2009, et notamment le 4 juin 2009, alors qu'il était investi d'un mandat électif public, commis le délit de favoritisme dans le cadre d'un marché relatif à l'organisation de spectacles à la salle multi-culturelle de saint-Estève, en ayant favorisé l'association Boitaclous, infraction prévue par l'article 432-14 du code pénal et réprimé par les articles 432-14 et 432-17 du même code ; que par un arrêt du 22 novembre 2012, la cour d'appel de Montpellier a confirmé le jugement sur la déclaration de culpabilité ; que l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose au juge administratif en ce qui concerne les constatations de fait que la cour d'appel a retenues et qui sont le support nécessaire de son arrêt ;

10. Considérant qu'il ressort ainsi des constatations de fait retenues par la cour d'appel de Montpellier que M. D...et les représentants de l'association Boitaclous entretenaient des liens privilégiés pour avoir été notamment en pourparlers depuis 2006 en vue de la conclusion d'un partenariat devant initialement prendre la forme de l'allocation d'une subvention ; que, dès septembre 2008, l'association déposait auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, la marque " Saint-Estève capitale du spectacle ", reprise dans son avant programme 2009-2010 édité avant même l'attribution du marché en cause ; qu'à la demande de la direction générale des services de la mairie, une procédure d'appel d'offre a été engagée en avril 2009 ; qu'en vue de la consultation, le cahier des charges a été élaboré sur la base des seuls documents de l'association requérante, constitués par son projet de partenariat, sa brochure intitulée " Saint-Estève destination spectacles Boitaclous " et son projet de programmation ; que la finalité de l'opération décrite par le juge répressif, la construction d'une salle de spectacles adaptée aux spectacles proposés par l'association partenaire, le lien spécifique et privilégié entre le maire et l'association, titulaire de la marque précitée, l'utilisation exclusive des documents provenant de cette association, les conditions de la désignation du titulaire du marché ainsi que la procédure

de passation du marché global portant sur des prestations distinctes susceptible de faire l'objet d'une procédure d'allotissement, laquelle était contestée par le préfet des Pyrénées-Orientales caractérisent la volonté de l'ancien maire de Saint-Estève de favoriser l'association Boitaclous lors de l'attribution du marché ;

11. Considérant qu'eu égard d'une part à la gravité du vice dont était entaché le marché en cause, et d'autre part aux circonstances particulières dans lesquelles il a été commis, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat ; que, dès lors, l'association Boitaclous ne peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, les fautes qu'aurait commise le maire en procédant au " retrait " du marché à la suite du recours du préfet des Pyrénées-Orientales et en refusant d'affermir la tranche conditionnelle le 16 juillet 2009 ; que, par suite, la commune de Saint-Estève est fondée à soutenir que le litige ne peut être réglé sur le fondement du marché en cause, compte tenu des vices l'affectant ;

En ce qui concerne l'enrichissement sans cause et la responsabilité quasi-délictuelle :

12. Considérant, d'une part, que lorsque le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater, le cas échéant d'office, la nullité du contrat, les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause que l'application du contrat frappé de nullité a apporté à l'un d'eux ou de la faute consistant, pour l'un d'eux, à avoir passé un contrat nul, bien que ces moyens, qui ne sont pas d'ordre public, reposent sur des causes juridiques nouvelles ;

13. Considérant, d'autre part, que l'entrepreneur qui s'est prévalu des stipulations d'un contrat écarté par le juge peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; qu'en ce cas, il est fondé à réclamer le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à l'administration, à l'exclusion de tout bénéfice ; que les fautes éventuellement commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration, ce qui fait obstacle à l'exercice d'une telle action ; que dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration ; qu'à ce titre il peut demander le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat et aux gains dont il a été effectivement privé par sa nullité, notamment du bénéfice auquel il pouvait prétendre, si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée ;

Quant à l'enrichissement sans cause :

14. Considérant qu'il est constant que la commune de Saint-Estève a repris en régie dans

le courant de l'année 2010 l'organisation de spectacles et leur représentation au théâtre municipal de l'Etang, et a ainsi renoncé à faire appel à un tiers pour l'accomplissement des prestations prévues au marché en cause ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que les dépenses engagées par l'association Boitaclous en vue de l'exécution du marché, notamment la conception, la distribution des avant-programmes, les programmes, d'affiches publicitaires, de sets de table, l'édition de la carte Pass Plaisir, la commande de panneaux, la conception de DVD et d'un film publicitaire, les frais de parution d'insertions publicitaires dans la presse, l'intervention de la régie Sud auraient procuré un enrichissement à la commune ; que les frais relatifs au recours d'un expert comptable en vue de rédiger des rapports sur l'évaluation de son préjudice dans le cadre de l'instance, le manque à gagner résultant du " retrait " du marché, les indemnités de dédit devant être éventuellement versées aux artistes sollicités, les indemnités versées aux salariées ayant été licenciées, la réparation du préjudice résultant du non-renouvellement de deux contrats à durée déterminée et de l'atteinte à sa réputation ne peuvent être regardés comme étant des dépenses utilement exposées par l'association requérante et n'ouvrent pas droit à indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause de la collectivité publique ;

Quant à la responsabilité quasi-délictuelle de la commune de Saint-Estève :

S'agissant de la faute de M.D... :

15. Considérant que la commune de Saint-Estève oppose la faute personnelle détachable du service de M.D..., ancien maire ;

16. Considérant que la faute commise par l'agent avec l'autorité et les moyens que lui conféraient ses fonctions, alors même que sa gravité lui conférerait le caractère d'une faute personnelle détachable du service, n'est, dans ces conditions, pas dépourvue de tout lien avec celui-ci ; que la victime des conséquences dommageables de cette faute peut dès lors demander au juge administratif de condamner la commune à en assumer l'entière réparation, sans préjudice d'une éventuelle action récursoire de celle-ci à l'encontre de cet agent ;

17. Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment de l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier et qu'il n'est au demeurant pas contesté qu'à la date de l'attribution du marché à l'association requérante, M. D...était alors habilité par une délégation générale du conseil municipal pour le signer ; qu'en outre, il est constant que celui-ci n'a pas poursuivi d'enrichissement ou d'avantage personnel ; qu'ainsi, la faute commise par l'ancien maire, avec l'autorité et les moyens que lui conféraient ses fonctions, alors même que sa gravité lui conférerait le caractère d'une faute personnelle détachable du service, n'est, dans ces conditions, pas dépourvue de tout lien avec celui-ci ; qu'ainsi, M. D...a commis une faute qui est de nature à engager la responsabilité de la commune de Saint-Estève à l'égard de l'association Boitaclous ;

S'agissant de la faute de l'association Boitaclous :

18. Considérant que si le maire de Saint-Estève a confié le marché en cause en favorisant indument l'association Boitaclous, ce qui conduit à ce que le litige ne soit pas réglé sur le terrain contractuel, il résulte de l'instruction que l'association Boitaclous qui exploite l'activité d'organisation de spectacles depuis près de vingt-trois ans, notamment avec des collectivités publiques, ne peut être regardée comme ayant ignoré la législation sur les marchés publics, notamment l'obligation de mise en concurrence ; que, alors même qu'il ne lui a été reproché aucune infraction, que le maire devait examiner sa candidature spontanée, que le conseil municipal avait accordé une délégation générale au maire, en vertu de l'article L. 2122-24 4° du code général des collectivités territoriales de prendre toute décision relative à la préparation et la passation de marchés et que le maire a poursuivi les intérêts de la commune, l'association Boitaclous qui, avant même la procédure d'appel d'offres, avait déposé à l'Institut national de la propriété industrielle la marque " Saint-Estève capitale du spectacle " en parallèle des pourparlers menés avec le maire en vue d'un partenariat et engagé des dépenses en vue l'exécution du marché en cause, ne pouvait ignorer les faveurs dont elle faisant l'objet et, par suite, le vice dont était entaché le contrat conclu ; qu'il y a lieu de laisser à sa charge la moitié des conséquences dommageables des vices entachant le contrat ;

S'agissant du préjudice :

19. Considérant, en premier lieu, que, comme il a été dit au paragraphe n° 13, seul est réparable le préjudice imputable à la faute de l'administration ; qu'à ce titre, l'entrepreneur peut demander le paiement des dépenses exposées pour l'exécution du contrat, hors celles qui ont été utiles à la collectivité et des gains dont il a été privé par sa nullité ; qu'ainsi, ne sont pas indemnisables les préjudices consécutifs à la rupture des relations contractuelles ; que, dès lors, les dépenses supportées pour pallier les conséquences de la mesure de résiliation prononcée par le maire de Saint-Estève correspondant à l'envoi de courriers informant les adhérents et les producteurs de spectacles de l'annulation de représentations prévues, à la mise en oeuvre des mesures de licenciement prononcées, au non-renouvellement de contrats à durée déterminée ne sont pas au nombre des dommages imputables à la faute de l'administration lors de la conclusion du marché ; que le recours à un conseil spécialisé en vue de demander l'annulation de la décision du maire de ne pas affermir la tranche conditionnelle du marché, dont la demande a été rejetée par ordonnance du président du tribunal administratif de Montpellier du 10 septembre 2009, la perte de contrats avec ses partenaires commerciaux, les indemnités de dédit éventuellement versées aux artistes ne constituent pas davantage des préjudices indemnisables, pour le même motif ; que ces demandes doivent être rejetées ;

20. Considérant, en deuxième lieu, que les frais correspondant à la commande de panneaux auprès de la société Clear Channel, engagés avant même la procédure d'appel public à la concurrence pour le marché qui lui a été attribué sont sans lien avec celui-ci ; qu'en outre, l'association requérante ne critique pas utilement le motif du jugement qui a rejeté la demande de paiement des frais d'avocat ;

21. Considérant, en troisième lieu, qu'en revanche, il résulte de l'instruction qu'en vue de l'exécution du marché qui lui avait été consenti, l'association requérante a engagé des dépenses au titre de la conception de l'avant-programme, du programme, de leur édition

et de la conception du film de présentation pour la saison 2009-2010 qui concernent pour partie les spectacles prévus au cours de la période d'exécution du marché résilié de janvier à avril 2010, des frais de parution d'insertions publicitaires au sein des programmes, de l'édition des cartes " Pass Plaisir ", de l'envoi à ses adhérents d'avant-programmes couplés au journal l'Indépendant ainsi que de la conception et de l'impression de " flyers " et de sets de table, de la conception et de l'édition d'affiches publicitaires ; qu'il sera fait une juste appréciation de ces postes de préjudice en l'évaluant à la somme de 30 000 euros ; qu'en outre, l'association peut prétendre, ainsi que l'a estimé le tribunal administratif, au paiement d'une indemnité au titre de la résiliation du contrat confiant à la société Régie Sud des prestations en qualité de régisseur dans le cadre de l'organisation des représentations prévues dans le cadre de la tranche ferme du marché à hauteur de la somme de 6 825 euros que ne conteste pas utilement la commune de Saint-Estève ;

22. Considérant, en dernier lieu, l'association Boitaclous demande le paiement des gains dont elle a été privée du fait de la nullité du marché en cause au titre du préjudice économique, des " incidences financières négatives " et du manque à gagner correspondant à la perte de bénéfices ainsi que des pertes subies du fait de la réduction de vente de cartes " Pass Plaisir " ; que la perte alléguée au titre du nombre de cartes de fidélité invendues ne constitue pas un préjudice distinct du manque à gagner ; qu'il est constant que le manque à gagner auquel peut prétendre l'association requérante dépend de la rémunération de l'artiste en fonction notamment de la notoriété, du nombre et du tarif des places vendues ; la commune de Saint-Estève ne conteste pas sérieusement que l'exécution du marché aurait permis de dégager un solde bénéficiaire ; que par ailleurs, l'association ne critique pas les affirmations de la commune de Saint-Estève selon lesquelles sur la période de janvier à avril 2010, correspondant à celle de l'exécution de la tranche ferme du marché prévoyant vingt et une représentations et quatre journées de festival, treize spectacles ont pu néanmoins être organisés par l'association Boitaclous ; que, dans ces conditions, il sera fait une juste appréciation du préjudice ainsi subi au titre des gains dont l'association a été privée, en l'évaluant à 12 000 euros ; qu'il y a lieu, en outre, de fixer à 2 000 euros son préjudice moral ;

23. Considérant qu'il s'ensuit que, comme tenu du partage de responsabilité dont les modalités ont été fixées au paragraphe n° 15, l'association Boitaclous est en droit de se voir allouer une indemnité d'un montant de 25 912, 50 euros ; qu'il y a lieu de réformer l'article 1er du jugement attaqué en ce sens et de porter la somme que la commune de Saint-Estève a été condamnée à verser à l'association requérante à ce montant ;

24. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'association Boitaclous est fondée à se soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Montpellier a limité la condamnation de la commune de Saint-Estève au versement d'une indemnité d'un montant de 25 077,92 euros ;

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

25. Considérant que l'association Boitaclous demande la condamnation de la commune de Saint-Estève aux dépens y compris les droits de plaidoirie ; que, toutefois, les

instances devant les juridictions administratives ne donnent pas lieu à l'acquittement de droits de plaidoirie ; qu'en l'absence de dépens dans la présente instance, de telles conclusions doivent être rejetées ;

26. que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'association Boitaclous qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la commune de Saint-Estève demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Saint-Estève la somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par l'association Boitaclous et non compris dans les dépens ;

## D É C I D E :

Article 1er : L'intervention de M. A...D...n'est pas admise.

Article 2 : La somme que la commune de Saint-Estève a été condamnée à verser à l'association Boitaclous par le jugement du tribunal administratif de Montpellier du 13 mai 2011 est portée à 25 912,50 euros.

Article 3 : L'article 1er du jugement du tribunal administratif de Montpellier du 13 mai 2011 est réformé en ce qu'il a de contraire au présent arrêt.

Article 4 : La commune de Saint Estève paiera à l'association Boitaclous une somme de 2 000 (deux mille) euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions de la requête susvisée est rejeté.

Article 6 : Les conclusions de la commune de Saint-Estève en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 7 : Le présent arrêt sera notifié à l'association Boitaclous, à la commune de Saint-Estève et à M. A...D....

”

”

”

”

2

N° 11MA02463

**Abstrats** : 39-04-01 Marchés et contrats administratifs. Fin des contrats. Nullité.

39-04-02 Marchés et contrats administratifs. Fin des contrats. Résiliation.

60-01-02-01-04-01 Responsabilité de la puissance publique. Faits susceptibles ou non d'ouvrir une action en responsabilité. Fondement de la responsabilité. Responsabilité sans faute. Enrichissement sans cause. Absence.

60-03-01-01 Responsabilité de la puissance publique. Problèmes d'imputabilité. Faute personnelle de l'agent public. Absence.