

Conseil d'État, 10 juillet 2013, n° 362777, Compagnie martiniquaise de transports, mentionné dans les tables du recueil Lebon
***** Décision commentée

E-RJCP - mise en ligne le 18 octobre 2014

Thèmes :

- Indemnisation du candidat évincé conditionnée par l'existence d'un lien direct de causalité entre le préjudice subi et l'irrégularité ayant affecté la procédure.
- Insuffisances des informations contenues dans l'avis d'appel public à la concurrence et au défaut des consultations requises avant l'intervention de la décision portant sur le principe d'une délégation.
- Insuffisance sans lien avec le rejet de l'offre du requérant et l'attribution du contrat à une autre société, la concurrence entre les deux entreprises ayant été, quant à elle, régulière.

Résumé :

1. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation.

2. Les irrégularités ayant conduit à l'annulation, par un jugement devenu définitif, de la délibération portant attribution de la délégation de service public à une autre société tenaient aux insuffisances des informations contenues dans l'avis d'appel public à la concurrence et au défaut des consultations requises avant l'intervention de la décision portant sur le principe d'une délégation et non sur son attribution.

Ces irrégularités ayant motivé l'annulation de l'acte détachable, seules invoquées par le requérant, étaient sans lien avec le rejet de son offre et l'attribution du contrat à une autre société, la concurrence entre les deux entreprises ayant été, quant à elle, régulière.

Dès lors, la circonstance que des irrégularités aient été commises lors de la procédure d'attribution d'un contrat ne saurait suffire à entraîner l'indemnisation du candidat évincé.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

L'apport important de cet arrêt est de considérer qu'un motif d'annulation de la procédure n'est pas

nécessairement un motif d'indemnisation du candidat évincé à la suite de cette procédure irrégulière. Pour ouvrir droit à une indemnisation, il faut que l'irrégularité commise par le pouvoir adjudicateur soit la cause directe de l'éviction du candidat.

On se retrouve dans la même logique que celle qui prévaut dans le droit de la fonction publique ; une illégalité externe de la décision n'emporte pas un droit à indemnisation à défaut de lien de causalité directe :

- « Considérant que dès lors qu'une illégalité est fautive, elle est comme telle et quelle qu'en soit la nature susceptible d'engager la responsabilité de l'administration qui l'a commise, à la condition qu'elle soit à l'origine des préjudices subis ; qu'ainsi, une illégalité même externe est susceptible de donner lieu à indemnisation s'il existe un lien de causalité suffisant entre cette illégalité externe fautive et le préjudice invoqué (CAA de Marseille, 9 novembre 2012, n° 10MA03279, *M. Christian B.A. c./ Commune de Bandol*)

- « Considérant que, dès lors qu'une illégalité, même externe, est fautive, elle est comme telle et quelle qu'en soit la nature susceptible d'engager la responsabilité administrative, à la condition toutefois que cette illégalité externe fautive soit à l'origine directe et certaine des préjudices subis » (CAA de Marseille, 11 juin 2013, n° 10MA03057, *M. B.A. c./ CCI Nice Côte d'Azur*)

- « *égard à l'absence d'illégalité interne, cette décision était fondée et [...] l'illégalité externe dont elle était entachée ne pouvait ainsi donner lieu à indemnisation* » (CAA de Versailles, 13 mars 2014, N° 13VE00449, *Mme B...A... c./ ministre de la Défense*)

Ce ne sera qu'une fois que ce lien direct causalité sera établi par celui qui s'en prévaut, entre la cause de l'irrégularité de la procédure et son éviction du marché, que le juge pourra fixer le montant de l'indemnisation du concurrent irrégulièrement évincé.

Une telle indemnisation variera en fonction de la perte de chance : la perte de chance simple permet uniquement d'être défrayée des dépenses de confection de l'offre, la perte de chance sérieuse permet d'être indemnisée du manque à gagner censé par ailleurs déjà couvrir les frais de confection de l'offre (CE, n° 249630, 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Sté Biwater et Sté Aqua TP*, mentionné aux Tables du Recueil Lebon ; CE, 11 septembre 2006, n° 257545, *Commune de Saran* ; CE, 29 décembre 2006, n° 273 783, *Société BERTELE SNC*, mentionné aux Tables du Recueil Lebon - commentaire sous E-RJCP n° 01 du 15 janvier 2007 ; CE, 7 novembre 2001, n° 218221, *SA Quillery*, etc.).

Cette politique juridictionnelle affirmée par le présent arrêt poursuit une finalité vertueuse : inciter les concurrents évincés à privilégier les actions préventives

qui visent à remettre en concurrence le contrat par une action en référé précontractuel ou contractuel ou, notamment lorsque l'irrégularité n'entre pas dans le champ de ces référés, en recours « Tropic » (Conseil d'État, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, *Société TROPIC travaux signalisation*) dans son volet d'action en résolution du contrat tant que le contrat n'est pas encore achevé.

L'irrégularité commise par le pouvoir adjudicateur ne doit pas être une voie d'opportunité financière pour le concurrent évincé, mais une voie réparatrice, la meilleure réparation économe en deniers publics étant la relance de la concurrence.

Cette approche rejoint pleinement les conclusions formulées par Mme Vérica Trstenjak, Avocat général, qu'elle a présentées le 28 mars 2007 dans l'affaire CJCE, 18 juillet 2007, affaire C-503/04, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne* :

« 80. *Indépendamment de cela, et dans la perspective d'une mise en oeuvre aussi efficace que possible du droit des marchés publics, l'annulation du contrat suivie du lancement d'un nouvel appel d'offres devrait généralement apparaître comme la solution la plus respectueuse de l'intérêt individuel des soumissionnaires écartés. D'une part, pour un soumissionnaire, la conclusion du contrat et son exécution seront souvent plus avantageux que l'obtention de dommages-intérêts de la part du pouvoir adjudicateur (53). D'autre part, en cas de recours en dédommagement devant les juridictions nationales, le soumissionnaire se verra confronté à des difficultés, dans la mesure où il devra non seulement établir son préjudice, mais également le fait qu'il avait présenté l'offre la mieux-disante, sans parler de la toujours difficile détermination du montant du préjudice (54).*

53 J. M. Fernández Martín (*The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996, p. 213) et D. Pachnou (*Enforcement of the EC procurement rules : the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness*, *Public Procurement Law Review*, n° 2, 2000, p. 65) considèrent l'octroi de dommages-intérêts comme un pis-aller par rapport à l'exécution proprement dite; M. Hintersteiner (*Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten – Zum Urteil des EuGH vom 28. 10.1999, Österreichische Juristen-Zeitung*, 2000, 55^e année, n° 17, p. 634) considère le versement d'une somme d'argent comme une forme déficiente de réparation. Selon elle, la règle selon laquelle la restitutio in integrum doit être préférée aux dommages-intérêts est un principe général du droit.

54 H. Leffler (*Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions*, *Public Procurement Law Review*, n° 4, 2003, p. 160) évoque les faibles chances pour un soumissionnaire d'obtenir gain de cause en cas de recours en dommages-intérêts pour cause de perte d'un marché public; J. M. Fernández Martín (*The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996, p. 214) rappelle que, dans la plupart des États membres, il faut établir que le requérant aurait obtenu le marché ou qu'il avait à tout le moins une véritable chance de l'obtenir. Sans cette preuve, les tribunaux se refusent à accorder des dommages-intérêts. L'auteur estime improbable que le requérant puisse franchir cet obstacle. »

*
**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000027689960>

Conseil d'État
N° 362777

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

M. Frédéric Dieu, rapporteur, M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

SCP PIWNICA, MOLINIE ; SCP BARTHELEMY, MATUCHANSKY, VEXLIARD, avocats

Lecture du mercredi 10 juillet 2013

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE
FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 17 septembre et 17 décembre 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la **Compagnie martiniquaise de transports**, dont le siège est 3 rue Delgres à Rivière Salée (97215) ; la société demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 11BX01557 du 27 juin 2012 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé le jugement n° 0800177 du 28 avril 2011 du tribunal administratif de Fort-de-France condamnant la communauté d'agglomération de centre Martinique à l'indemniser de son éviction irrégulière dans la procédure d'attribution de la délégation de service public de transport urbain ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel et de rejeter l'appel incident de la communauté d'agglomération de centre Martinique ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, Maître des Requêtes,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la Compagnie martiniquaise de transports et à la SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard, avocat de la communauté d'agglomération de centre Martinique ;

1. Considérant que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation ;

2. Considérant que, pour annuler le jugement du 28 avril 2011 du tribunal administratif de Fort-de-France qui avait condamné la communauté d'agglomération de centre Martinique à indemniser la Compagnie martiniquaise de transports de son éviction irrégulière dans la procédure d'attribution de la délégation de service public de transport urbain et rejeter la demande de cette compagnie, la cour administrative d'appel de Bordeaux a relevé que les irrégularités ayant conduit à l'annulation, par un jugement du 28 septembre 2006 du même tribunal, devenu définitif, de la délibération du 12 mai 2005 portant attribution de la délégation de service public à une autre société tenaient aux insuffisances des informations contenues dans l'avis d'appel public à la

concurrence et au défaut des consultations requises avant l'intervention de la décision portant sur le principe d'une délégation et non sur son attribution ; qu'après avoir également relevé que la Compagnie martiniquaise de transports n'avait pas été privée de la possibilité de présenter une offre, la cour en a déduit que ces irrégularités n'avaient pas été de nature à vicier les conditions de mise en concurrence des candidats et le rejet de l'offre de cette compagnie ; que la cour a ensuite jugé que les fautes commises par la communauté d'agglomération n'avaient privé la Compagnie martiniquaise de transports d'aucune chance d'obtenir la délégation de service public des transports urbains et qu'en conséquence, elle n'avait pas droit à être indemnisée des frais de présentation de son offre ;

3. Considérant que la cour, dont l'arrêt n'est pas contesté sur ce point, a estimé que les irrégularités ayant motivé l'annulation de l'acte détachable, seules invoquées par la Compagnie martiniquaise de transports, étaient sans lien avec le rejet de son offre et l'attribution du contrat à une autre société, la concurrence entre les deux entreprises ayant été, quant à elle, régulière ; que, dès lors qu'ainsi qu'il a été dit, la circonstance que des irrégularités aient été commises lors de la procédure d'attribution d'un contrat ne saurait suffire à entraîner l'indemnisation du candidat évincé, la cour, dont l'arrêt est suffisamment motivé sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la Compagnie martiniquaise de transports ne pouvait se prévaloir d'aucun droit à indemnité en l'absence de tout lien de causalité direct entre les irrégularités ayant entaché la procédure d'attribution du contrat et le préjudice invoqué par elle ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la Compagnie martiniquaise de transports doit être rejeté, y compris ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de cette dernière une somme de 3 500 euros à verser à la communauté d'agglomération de centre Martinique en application des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la Compagnie martiniquaise de transports est rejeté.

Article 2 : La Compagnie martiniquaise de transports versera à la communauté d'agglomération de centre Martinique une somme de 3 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la Compagnie martiniquaise de transports et à la communauté d'agglomération de centre Martinique.