N° 387769
Commune de Bandol

7ème et 2ème sous-sections réunies
Séance du 20 janvier 2016
Lecture du 10 février 2016

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. La commune de Bandol a conclu le 17 février 2009 avec la société Signacité un marché portant sur la fourniture et l'installation sur la voie publique de dispositifs signalétiques destinés à indiquer et promouvoir les commerces, entreprises et équipements publics.

Ce marché était conclu pour une durée de huit ans. Cependant la définition des lieux d'implantation des bornes et tableaux d'affichage a très rapidement débouché sur une opposition violente entre la commune et son cocontractant. En substance, Signacité soutient que le maire a changé d'avis plusieurs fois sur les emplacements tandis que celui-ci estime que l'entreprise a entamé ses travaux d'aménagement sans validation de la commune et n'a pas proposé de nouvelles implantations malgré les mises en demeure.

Le 18 septembre 2009, la commune de Bandol a prononcé la résiliation du marché aux torts exclusifs de Signacité.

L'entreprise a donc demandé à la commune une indemnité d'un montant de 531 837,27 euros en réparation du préjudice subi, qui lui a été implicitement refusée. Signacité a saisi alors le tribunal administratif qui partiellement fait droit à sa demande en lui accord 380 656 euros H.T par un jugement du 16 mai 2012. Le tribunal a estimé que les circonstances retenues par la commune n'étaient pas de nature à justifier légalement la décision de résiliation. La somme accordée correspondait à la totalité de la marge nette de l'entreprise jusqu'à la date d'expiration normale du contrat, augmentée de 10 000 euros au titre de la perte d'image.

La commune de Bandol a formé appel de ce jugement et mal lui en a pris. La cour administrative d'appel de Marseille, par un arrêt du 8 décembre 2014, a annulé le jugement pour défaut de réponse à conclusion. Mais elle a considéré ensuite que la résiliation présentait un caractère disproportionnée au regard des torts imputables à Signacité et elle a accordé à l'entreprise une réparation de 460 444,70 euros HT – dont 453 600 euros HT représentant la marge nette de l'entreprise jusqu'à la date d'expiration normale du contrat.

La commune vous demande l'annulation de cet arrêt.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

3. Pour la commodité de notre exposé, nous commencerons par aborder le deuxième moyen soulevé par la commune. Il est tiré de ce que la cour aurait dénaturé les faits et commis une erreur de droit en jugeant que la résiliation du contrat constituait une mesure disproportionnée au regard des fautes commises par Signacité.

Le juge de cassation exerce bien un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par les juges du fond sur le point de savoir si le titulaire d'un marché public a commis une faute suffisamment grave pour justifier la résiliation du marché à ses torts exclusifs : CE 26 février 2014, *Société Environnement services et communauté d'agglomération du pays ajaccien*, n°365546, T. p. 750-830.

Comme le souligne Gilles Pellissier dans ses conclusions sur cette affaire : *« Il ne s'agit pas ici de vérifier la proportionnalité d'une sanction infligée dans le cadre de l'exécution d'un contrat qui se poursuit, mais de contrôler le bien fondé d'une décision d'une partie au contrat qui met unilatéralement fin aux relations contractuelles ».*

En effet, le cocontractant dont le contrat est résilié à ses torts exclusifs perd tout droit à indemnisation du préjudice résultant de cette rupture anticipée des relations contractuelles. C'est la sanction la plus lourde qu'il puisse encourir.

En l'espèce, la cour nous semble avoir exactement qualifié les faits en jugeant que la décision de résiliation revêtait un caractère disproportionné et n'était pas justifiée.

Les faits qui ressortent du dossier sont les suivants :

- deux premières listes de 36 emplacements pour des tableaux d'affichage et de 18 emplacements pour des bornes signalétiques ont été transmises les 17 mars et 16 avril 2009 ; ces listes faisaient suite à deux réunions en présence du maire et à une tournée sur le terrain en compagnie d'un agent de la mairie ;

- il est constant que ces listes n'ont pas reçu la signature du maire ou de son représentant contrairement à ce que prévoient les stipulations de l'article 5-2-3 du cahier des charges ;

- toutefois le maire a signé personnellement, le 7 mai 2009, un arrêté autorisant les travaux consistant en la pose de 16 enseignes publicitaires et de 8 bornes signalétiques ; le courrier accompagnant la demande d'autorisation indiquait très explicitement que les travaux étaient effectués dans le cadre d'une première tranche du marché avec Signacité ;

- par lettre du 20 juillet 2009, la commune a rejeté l'ensemble des propositions d'emplacements faites par Signacité le 16 avril et l'a mise en demeure de retirer toutes les installations déjà implantées et de lui soumettre un nouveau projet, avant le 31 juillet 2009 ;

- le 6 août 2009, à la suite d'une réunion de travail avec l'entreprise portant sur les 16 tableaux déjà installés, le maire a validé par courrier les emplacements des 8 bornes signalétiques déjà installées ; en ce qui concerne les 16 enseignes publicitaires, le maire a

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

validé 9 emplacements dont 4 avec réserves et en a rejeté 7 autres ; le maire a demandé par le même courrier de nouvelles propositions avant le 13 août 209 ;

- le 12 août 2009, la société a répondu qu'elle prendrait en compte les lieux de substitution proposés par le maire pour les implantations refusées, ou qu'elle ferait d'autres propositions ;
- le 13 août 2009 la commune a adressé à Signacité une mise en demeure avant résiliation, sous un mois, exigeant à nouveau le retrait des enseignes déjà installées et la production d'un nouveau projet d'implantation ;

- le 8 septembre 2009, Signacité a confirmé avoir démonté l'ensemble des installations – y compris celles qui avaient été validées – et a transmis de nouveaux projets d'implantation.

- le 16 septembre 2009, le maire a confirmé son accord sur 15 implantations sur 36 ; toutefois il a confirmé par le même courrier la résiliation du marché en se fondant, d'une part, *« sur la faute que présente l'implantation de pré-enseignes sans attendre la validation prévue au marché »* et, d'autre part, sur *« l'absence de propositions d'implantations conformes (...) qui (...) conduit à ne pouvoir valider qu'un nombre infime de propositions ».*

La vérité du dossier est donc assez simple.

Il est vrai que Signacité est allée trop vite en besogne et a commis une faute en installant 24 dispositifs sur la voie publique (16 enseignes et 8 bornes) sur la base de la seule autorisation de travaux – même si celle-ci a été délivrée par le maire en toute connaissance de cause. La cour a bien constaté la faute ainsi commise par Signacité en ne se soumettant pas à la procédure formelle de validation prévue au marché.

Toutefois il s'agit bien de la seule faute. Certes, à la date de la résiliation, les parties n'étaient tombées d'accord que sur 10 implantations pour ce qui concerne les enseignes. Cependant les échanges étaient intenses à ce sujet et les arguments échangés de part et d'autres méritaient d'être pris en considération. Au total, rien ne nous semble avoir excédé les bornes de la vie normale d'un contrat de ce type. Enfin, les observations de la commune avaient été rapidement prises en compte par Signacité pour ce qui concerne le démontage du mobilier installé – y compris celui dont le maire avait validé l'implantation.

Il nous semble que la réaction de la commune était totalement disproportionnée. Le marché ne prévoyait pas de délai pour trouver un accord sur les lieux d'implantation et la situation de blocage pénalisait d'ailleurs le cocontractant, puisque celui-ci se rémunérait exclusivement par la commercialisation des enseignes. La commune disposait d'autres armes et notamment des pénalités pour chaque enseigne mal placée prévues au cahier des charges.

Il n'y a donc pas d'erreur de qualification juridique et contrairement à ce que soutient la commune, la cour n'a pas non plus dénaturé le dossier : ni en considérant que le courrier du 20 juillet 2009 ne pouvait s'analyser comme une mise en demeure avant résiliation, ni en relevant que le courrier du 12 août 2009 contenait des contre-propositions d'implantations, ni en estimant que le démontage du mobilier avait été effectué dans les délais requis.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

4. La commune soutient ensuite – c'est le troisième moyen – que la cour aurait commis une erreur de droit en refusant d'ordonner une expertise portant sur l'estimation du préjudice au motif, inopérant, *« qu'il lui a été loisible d'en discuter le contenu pendant l'instruction »*.

Le caractère utile ou frustratoire d'une expertise relève de l'appréciation souveraine des circonstances de l'espèce par les juges du fond et ne fait donc pas l'objet d'un contrôle par le juge de cassation : CE, 22 mars 1993, *CHR de Brest c/ Mme F…*, n°129052, p. 79 et CE, 11 mai 2001, *Communauté urbaine de Bordeaux*, n°230279, p. XXX.

Vous avez précisé la répartition des rôles entre les parties et le juge en considérant *« qu'il appartient au demandeur (…) d'apporter tous éléments de nature à établir devant le juge l'existence d'une faute et la réalité du préjudice subi ; qu'il incombe alors, en principe, au juge de statuer au vu des pièces du dossier, le cas échéant après avoir demandé aux parties les éléments complémentaires qu'il juge nécessaires à son appréciation ; qu'il ne lui revient d'ordonner une expertise que lorsqu'il n'est pas en mesure de se prononcer au vu des pièces et éléments qu'il a recueillis et que l'expertise présente ainsi un caractère utile »* : CE 23 octobre 2013, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. B…*, n° 360961, T. p. 771.

Statuant comme elle l'a fait, la cour a simplement entendu exprimer que les pièces du dossier issu de la procédure contradictoire avaient suffisamment éclairé son appréciation et que l'expertise ne présentait donc pas pour lui un caractère utile.

5. Nous en arrivons enfin au premier moyen du pourvoi. La commune soutient que la cour a commis une erreur de droit en la condamnant à réparer l'intégralité du préjudice subi par la Signacité, alors même qu'elle avait relevé l'existence de fautes imputables à l'entreprise et rappelé que les stipulations de l'article 7 de l'acte d'engagement excluaient tout droit à indemnisation en cas de faute du titulaire.

Ce premier moyen nous semble fondé.

Ecartons l'existence d'une contradiction avec l'article 7 de l'acte d'engagement, qui ne nous semble pas avoir la portée que lui prête la commune.

Nous avons vu qu'il ressort donc des constatations mêmes de la cour que Signacité a contribué à la réalisation du dommage par ses propres manquements, en l'occurrence par le fait de ne pas avoir respecté la procédure contractuelle de validation des emplacements. En outre cette irrégularité procédurale – et cela ressort également des constatations de l'arrêt – a engendré par elle-même des retards supplémentaires dans l'exécution des prestations puisqu'il a fallu déplacer ou adapter certains supports. Certes, nous l'avons vu également, la faute est atténuée dans la mesure où le maire a signé les autorisations de travaux correspondant aux propositions faites par Signacité.

Comme l'indique le professeur Philippe Terneyre : *« Il n'est pas possible de trouver une clef rigoureuse et unique qui permette de déterminer de manière générale dans quelle*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

proportion le fait du cocontractant atténue la responsabilité de celui dont la faute est invoquée »[1].

Par ailleurs, le juge apprécie souverainement les parts de responsabilité respectives de l'administration et de la victime du préjudice en cas de faute de l'une des deux parties : CE, Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt c/ Consorts B…*, n°114728, p. 268.

Pour autant, la cour pouvait-elle légalement décider de mettre une réparation intégrale à la charge de la commune, après avoir constaté l'existence d'une faute de la part de son cocontractant ? Nous ne le pensons pas. Au nombre des règles générales applicables en matière de responsabilité de la puissance publique figure celle selon laquelle *« le fait de la victime (faute ou seulement imprudence) dégage ou atténue la responsabilité de la puissance publique, que cette responsabilité soit fondée sur la faute ou sur le risque »* (Odent, p. 1562).

L'existence de cette règle résulte d'une jurisprudence aussi fournie qu'ancienne et constante. L'idée selon laquelle une personne publique ne peut pas être condamnée à réparer une part de préjudice imputable à la faute de son cocontractant n'est d'ailleurs pas sans lien avec l'esprit de votre jurisprudence CE, Sect., 19 mars 1971, *Sieurs M…*, n° 79962, p. 235. Voyez en ce sens votre décision citée *Commune de Béthoncourt c/ Consorts .B…* du 26 juin 1992 (n°114728)

Aussi, nous ne voyons pas, sur le plan des principes, comment l'existence d'une faute avérée du cocontractant pourrait être dépourvue d'incidence sur le partage de responsabilité.

Nous le voyons encore moins en l'espèce, où l'essentiel du conflit trouve son origine dans l'initiative prise par Signacité d'installer ses panneaux sur la voie publique sans attendre un accord formel des autorités municipales. Ajoutons que cette faute ne résulte pas d'une imprudence ou d'un zèle gratuits. Le marché prévoit en effet que l'intégralité de la rémunération de Signacité provient des recettes de commercialisation de ses espaces. L'entreprise était donc particulièrement pressée d'occuper la voie publique, fût-ce en prenant des accommodements avec les procédures. Elle mentionne d'ailleurs, comme argument pour contester l'opportunité de retirer les supports déjà installés, le fait que certains de ces espaces sont d'ores et déjà commercialisés…

Or, c'est bien une règle contraire que la cour a posé de façon très générale en considérant que : *« la résiliation du marché en cause aux frais et risques de la société Signacité n'était pas justifiée ; que, par suite, cette dernière, quand bien même la commune de Bandol n'aurait commis aucune faute pendant l'exécution du marché, a droit à la réparation de l'intégralité du préjudice en résultant pour elle ».*

Autrement dit : lorsque le préjudice résulte d'une résiliation injustifiée, le partage de responsabilité avec le cocontractant fautif est exclu par principe. La cour ne pouvait juger ainsi sans commettre d'erreur de droit.

***

[1] Encyclopédie Dalloz Responsabilité de la puissance publique, fasc. « Responsabilité contractuelle ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

6. Nous vous proposons donc d'accueillir ce moyen. Ainsi, vous annulerez l'arrêt dans son article 2, c'est-à-dire en tant seulement qu'il a statué sur la réparation des préjudices de Signacité en mettant à la charge de la commune la réparation de l'intégralité de ceux-ci.

7. Nous vous proposons ensuite de régler l'affaire au fond, évidemment dans les limites de l'annulation.

8. Sur le partage de responsabilité, nous ne reviendrons pas sur la présentation et la qualification des faits que nous vous avons détaillé. Nous vous proposons de considérer que la faute commise par Signacité en ne respectant pas la procédure prévue le contrat pour valider le choix des emplacements des panneaux, ainsi que ses retards à proposer des emplacements conformes aux demandes de la commune, doivent se traduire par un partage limitant à 50% l'indemnisation du préjudice subi.

9. Il ne nous reste donc plus qu'à évaluer du préjudice indemnisable.

Celui-ci résulte pour l'essentiel du manque à gagner résultant de la résiliation anticipée.

A cet égard, nous vous proposerons de vous séparer sensiblement de la position adoptée par la cour administrative d'appel et par le tribunal administratif.

Les juges du fond avaient en effet retenu l'intégralité de la marge nette susceptible d'être réalisée par Signacité jusqu'à la date normale d'expiration du contrat. Le montant total de cette marge nette était évalué à 453 600 euros HT.

Ce chiffre était le résultat d'un calcul simple. L'entreprise partait du coût de location annuel de ses 30 tableaux publicitaires et 12 bornes signalétiques et retenait des taux de remplissage respectifs de 90% et 80% pour aboutir à un chiffre d'affaires annuel de 78 750 euros. L'application à ce chiffre d'affaires d'un taux de marge de 72% aboutissait à une perte annuelle de 56 700 euros. Elle était multipliée par les huit années de la durée du contrat pour donner une perte totale de 453 600 euros.

Le point faible de cette démonstration réside selon nous dans le fait que le taux de remplissage et le taux de marge sont supposés constants sur toute la durée du contrat.

Ouvrons ici une parenthèse pour souligner qu'une durée de huit ans nous semble en l'espèce fort peu compatible avec l'article 16 du code des marchés publics qui dispose que : *« la durée d'un marché, ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique »*. Cette règle est essentielle pour assurer l'effectivité des principes fondamentaux qui figurent à l'article 1er du code et qui sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. La conclusion des contrats d'une durée excessive serait évidemment de nature à les mettre en échec.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous avez d'ailleurs jugé que cette règle préexiste à l'article 16 du code des marchés publics qui ne fait que la « rappeler » : CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahaut*, n°340647.

Si la règle est formulée dans des termes particulièrement généraux, il ressort de votre jurisprudence que *« la nature des prestations »* mentionnée par l'article 16 suppose de tenir compte du temps nécessaire à leur réalisation, ou encore de la durée d'amortissement des matériels nécessaires. Quant à la nécessité d'une remise en concurrence périodique, elle doit être notamment appréciée en fonction de l'objectif d'assurer l'adéquation des prestations et des prix aux besoins de la personne publique. A ce titre, l'acheteur public devra tenir compte par exemple de l'évolution technologique, de la variation des coûts de revient, etc.

En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que le temps nécessaire pour fabriquer et mettre en place les installations objet du marché, leur durée d'amortissement, ou encore la satisfaction des besoins de la personne publique, justifient une durée aussi anormale.

La commune n'a toutefois pas soulevé devant les juges du fond le moyen tiré de la durée excessive du contrat – moyen que, jusqu'à présent, vous ne relevez pas d'office.

Il n'en demeure pas moins que le caractère très lointain du terme du contrat rend plus qu'hypothétique la stabilité des hypothèses qui fondent le calcul du total de marge nette qui aurait été perdue par l'entreprise. Or, le préjudice contractuel, y compris lorsqu'il résulte d'une faute, doit être certain pour pouvoir être indemnisable. A ce titre vous pouvez limiter l'indemnisation du *lucrum cessans* – c'est-à-dire la perte des bénéfices ultérieurs, par opposition au *damnum emergens*, qui est le préjudice résultant immédiatement des comportements litigieux.

Une durée de huit ans constitue déjà, dans l'absolu, un défi à une évaluation crédible des profits qu'une entreprise peut raisonnablement escompter sur la période considérée. Mais en l'espèce, il est de notoriété publique que le marché publicitaire français, tous supports confondus, connait une tendance baissière depuis quinze ans. Les dépenses de communication des annonceurs représentaient près de 2% du PIB en 2000 et moins de 1,4% en 2015…

Il ressort du dossier que la durée des contrats de promotion et de signalisation conclus par Signacité avec ses annonceurs est de trois ans. Il nous semble donc raisonnable de limiter le préjudice indemnisable, car suffisamment certain, à l'activité de Signacité sur une durée analogue de trois ans. Cela représentera une somme hors taxe de 170 100 euros, c'est-à-dire les 3/8èmes du chiffre avancé par l'entreprise.

9. Pour ce qui regarde les autres chefs de préjudice, la société Signacité produit d'abord un décompte des frais exposés au titre de la réalisation, du montage et du démontage des signalétiques à hauteur de 28 227,27 euros HT : ce montant n'est pas sérieusement contesté. Ensuite, nous vous proposer d'évaluer à 5 000 euros le montant du préjudice commercial subi du fait de la résiliation fautive.

Le préjudice indemnisable total représente donc 203 327 euros HT, dont la moitié, soit 101 664 euros HT, devra être mise à la charge de la commune.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

EPCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 8 décembre 2014 en tant qu'il a condamné la commune de Bandol à verser 460 444,70 euros HT à la société Signacité ;

- à la condamnation de la commune de Bandol à verser la somme de 101 664 euros HT à la société Signacité.

- au rejet des conclusions de la commune de Bandol et de la société Signacité présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.