N° 411444
Société Vinci construction maritime et fluvial

7ème et 2ème chambres réunies
Séance du 27 mai 2019
Lecture du 14 juin 2019

CONCLUSIONS

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Ce pourvoi vous donnera l'occasion de vous prononcer sur les conditions et les modalités de la candidature d'une collectivité territoriale à un contrat de commande publique.

Vous avez tracé les rails du raisonnement avec votre décision d'Assemblée Société Armor SNC *(30 décembre 2014, n° 355563, au Recueil, conclusions Bertrand Dacosta).*

Plus modestement, nous vous proposerons d'en préciser le mode d'emploi. Il s'agira d'autant plus d'un mode d'emploi que nous sommes en présence du même litige, après la cassation prononcée précisément par votre décision d'Assemblée et le second arrêt de la cour.

1. Rappelons les faits rapidement.

En 2006, le département de la Vendée a engagé une procédure d'appel d'offres en vue de la réalisation de travaux de dragage de l'estuaire du Lay, pour une durée d'un an avec possibilité de reconduction pendant trois ans. Trois candidats ont présenté des offres : la société SNC Armor (devenue Vinci, requérante), une autre société et le département de Charente-Maritime. Ce dernier exerçait lui-même une activité de dragage instituée en service public départemental, notamment pour les ports de pêche de son ressort territorial.

Par une décision du 16 juin 2006, la commission d'appel d'offres du département de la Vendée a attribué ce marché au département de Charente-Maritime. La société requérante, dont l'offre n'a pas été retenue, a saisi le tribunal administratif de Nantes d'un recours – alors - en excès de pouvoir, tendant à l'annulation de la décision du 16 juin 2006 et de celle du président du conseil général de la Vendée de signer ce marché.

Par un jugement du 9 avril 2010, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande. Par un arrêt du 4 novembre 2011, la cour administrative d'appel de Nantes a confirmé ce jugement, en estimant notamment que le département ne pouvait se porter candidat à un marché n'ayant aucun intérêt local puisque se déroulant hors de son territoire.

Par votre décision d'Assemblée précitée *Société Armor SNC*, vous avez annulé cet arrêt en retenant que la cour avait commis une erreur de droit en ne recherchant pas si l'activité de dragage pouvait constituer le prolongement de l'une de ses missions de service public, et vous avez renvoyé l'affaire à cette cour.

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.

Par un nouvel arrêt du 12 avril 2017, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel de la société requérante.

2. Au préalable, disons d'emblée que nous poursuivons la préoccupation que votre décision Société Armor SNC puisse recevoir une pleine application en étant d'un maniement clair et aisé, tant par les juges du fond que par les collectivités territoriales candidates ou les pouvoirs adjudicateurs. Vous avez, par cette décision, ouvert une porte et il ne faudrait pas que son interprétation soit telle qu'elle la referme d'emblée.

Tout en en respectant son esprit et ses objectifs, il nous semble que les éléments essentiels posés par cette décision s'agissant du principe même de la candidature d'une collectivité territoriale est, d'une part, qu'elle réponde à un intérêt public, c'est-à-dire qu'elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité a la charge, d'autre part qu'elle offre une souplesse aux collectivités en utilisant au mieux leurs moyens.

Vous avez illustré ce que recouvre la notion de prolongement d'une mission de service public en indiquant qu'il s'agissait « notamment » d'amortir des équipements, de valoriser des moyens ou d'assurer l'équilibre financier du service. Mais il s'agit à notre sens d'illustrations, et elles ne nous semblent pas devoir être lues dans un sens trop littéral et encore moins exhaustif.

Dans ses conclusions sur cette décision, Bertrand Dacosta soulignait que « ce prolongement de l'activité de service public doit lui-même, pour respecter le critère de l'intérêt public local, tendre au bon fonctionnement du service public de la collectivité candidate. « Il peut s'agir – disait-il - de faciliter l'amortissement des investissements qu'elle aura été contrainte de financer pour son propre usage (…) », sans enfermer davantage ces conditions.

La question cruciale est bien celle de l'intérêt public qui peut se traduire par l'amélioration du taux d'utilisation des équipements de la collectivité. Il y a toutefois une limite logique à cette acceptation : un surdimensionnement initial par rapport aux besoins réels de la collectivité ne saurait être admis.

En l'espèce, la cour a relevé que la drague affichait une durée d'amortissement de 30 ans et qu'il ne résultait pas des données comptables qu'elle ait été intégralement amortie sur la période prévue pour la durée du contrat y compris celle correspondant à sa reconduction. Elle en a déduit que le département pouvait se porter candidat au marché, afin notamment d'amortir les coûts d'investissement et de fonctionnement de son équipement, dont l'utilisation au profit d'une autre collectivité publique dans le cadre d'un marché public attribué constituait ainsi un prolongement de son propre service public.

Elle s'est ainsi fondée sur la notion d'amortissement au sens comptable. Or, le montant des annuités et la durée de l'amortissement comptable, hors exceptions, sont fixés lors de l'acquisition du bien, en fonction de l'usure normale de l'équipement. Il ne dépend pas des recettes qu'il permet d'engendrer. Dans ses conclusions sur la décision Commune de Chartres (8 février 2010, n° 323158, aux Tables), Bertrand Dacosta rappelle cette distinction et souligne ainsi que la notion d'amortissement économique « suppose que les ressources liées à l'exploitation de l'ouvrage permettent de compenser les charges liées à l'investissement réalisé et de dégager un bénéfice légitime ». Votre décision d'Assemblée Armor SNC a visé l'amortissement au sens économique, c'est-à-dire sa rentabilisation et non son amortissement comptable, qui est indépendant des recettes générées par l'emploi de cet équipement.

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.

Ceci n'est pas sans conséquence : autant il nous semble que votre jurisprudence SNC Armor doit être interprétée avec une vision finaliste et non une lecture littérale des illustrations qu'elle fournit, autant l'approche de la cour ne peut être retenue. Il suffirait à une collectivité candidate de faire valoir qu'elle va utiliser des équipements qui ne sont pas encore totalement amortis au plan comptable pour pouvoir remplir les conditions posées par votre décision d'Assemblée.

Nous pensons donc que la cour a commis une erreur de droit en se bornant à prendre en compte la durée d'amortissement comptable de la drague « Fort Boyard » pour apprécier l'intérêt public local de la candidature du département de Charente-Maritime. Ce moyen vous conduira, si vous nous suivez, à annuler l'arrêt de la cour.

3. Nous vous aurions sans doute proposé le règlement de cette affaire au fond compte tenu de l'intérêt à décliner le mode d'emploi. Mais vous n'en avez, de toutes façons, guère le choix puisque nous sommes en seconde cassation.

Il vous faut d'abord vous prononcer à votre tour sur la possibilité qu'avait, en l'espèce, le département de Charente-Maritime, de candidater à ce marché.

La drague « Fort-Boyard » a été acquise en 2002 par le département de Charente-Maritime et ses dimensions ont été prévues pour faire face aux spécificités des ports. Mais elle n'est utilisée qu'une partie de l'année pour répondre à ces besoins.

Son utilisation, une partie de l'année, en dehors du département, constitue un prolongement du service public de création, d'aménagement et d'exploitation des ports maritimes de pêche dont le département a la charge. Et cela ne compromet pas l'exercice de cette mission. Il s'agit bien de valoriser les moyens dont le département dispose, ce qui concourt à une gestion saine des deniers publics. Le département pouvait donc se porter candidat.

Un moyen pose ensuite une question délicate : comment le prix proposé par le département candidat a-t-il été calculé ? Autrement dit, inclut-il bien l'ensemble des coûts directs et indirects sans fausser la concurrence ?

La réponse est évidemment essentielle pour le pouvoir adjudicateur d'une part et pour le juge d'autre part, qui doit contrôler que ce dernier n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

C'est en effet ce contrôle que le juge exerce sur la décision du pouvoir adjudicateur de rejeter une offre comme anormalement basse (29 octobre 2013, Département du Gard, n° 371233, aux Tables ; récemment : 13 mars 2019, société SEPUR, n° 425191, aux Tables).

Dans ses conclusions sur la décision Département du Gard, Bertrand Dacosta s'interrogeait sur un contrôle asymétrique : restreint sur la décision de ne pas rejeter une offre, normal sur la décision de rejet. Mais d'une part, il ne le préconisait pas, estimant que le pouvoir adjudicateur devait disposer d'une marge d'appréciation importante, d'autre part, c'était, le cas échéant, pour les décisions de rejet, susceptibles de porter atteinte au principe de libre accès à la commande publique que l'évolution du contrôle pouvait, le cas échéant, être envisagée. Nous sommes ici sur le contrôle de la décision d'acceptation et nous en restons donc à un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation pour ces raisons.

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.

Par votre décision *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (8 novembre 2000, n° 222208, au Recueil), vous avez retenu que pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence, l'attribution d'un marché public à une personne publique suppose deux conditions de fond et une condition de preuve. D'une part, le prix proposé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat. D'autre part, la personne publique ne doit pas avoir bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Enfin, la collectivité doit pouvoir, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

En l'espèce, afin de se prononcer sur ce prix, votre 7ème chambre a demandé, par une mesure supplémentaire d'instruction, que lui soient communiqués les documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié permettant d'établir que le prix proposé par le département de la Charente-Maritime a été déterminé selon les exigences que nous venons de rappeler.

La communication ou non de ces éléments a fait débat devant les juges du fond. La question du secret des affaires opposé par une collectivité publique ne va pas de soi. Plusieurs arguments pourraient vous conduire à estimer que les collectivités ne peuvent pas opposer le secret des affaires. Outre les principes fondant de façon générale la procédure contradictoire, l'application de votre jurisprudence *Société Jean-Louis Bernard Consultants* semble conduire à ce que cette communication soit indispensable pour assurer une concurrence loyale entre les collectivités publiques et les opérateurs économiques privés. Toutefois, le droit de l'Union comme la législation nationale sur le secret des affaires ne semble pas faire d'exception pour les collectivités publiques. Dès lors que vous les avez autorisées à candidater à des marchés publics, il ne serait pas illogique de les placer sur le même terrain que les entreprises privées, au moins en partie.

Cette question est complexe et elle impliquerait, si elle se posait, une position jurisprudentielle de grande importance. Mais vous n'aurez pas à trancher ce point ici, puisqu'en réponse à la mesure d'instruction, ces documents ont été produits par le département de la Charente-Maritime, sans opposer le secret des affaires. Le département de la Vendée évoque certes ce sujet devant vous et il n'a pas souhaité transmettre l'ensemble des éléments pour ce motif. Mais les données nécessaires au règlement de l'affaire figurent dans la réponse du département de la Charente –Maritime. C'est le département candidat et, partant, le plus à même de fournir les détails des prix et le plus légitime, le cas échéant, à opposer le secret des affaires, ce qu'il ne fait pas.

Ces éléments qui ont été transmis à votre 7ème chambre avaient été communiqués à la commission d'appel d'offres.

La commission d'appel d'offres, après avoir constaté que le prix de l'offre du département de Charente-Maritime était nettement inférieur aux prix proposés par les deux entreprises privées concurrentes, a obtenu la production d'un sous-détail des prix, fondé sur des éléments de comptabilité analytique.

Y figurent notamment les charges d'amortissement de la drague, qui ont bien été prises en compte pour déterminer le prix.

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.

Y figurent également les éléments de masse salariale, avec une précision indiquant qu'il s'agit à la fois d'éléments internes et externes.

Cette intégration de l'ensemble des coûts est contestée par la société requérante, qui se fonde en particulier sur un rapport du président du conseil général, annexé à la délibération créant le budget annexe de l'activité de dragage, en particulier en ce qui concerne les coûts de personnel. Mais ce rapport date de 1999 alors que les offres ont été présentées en 2006. L'absence de prise en compte de certains coûts ne nous parait pas établie, au regard des documents par ailleurs produits.

Enfin, la question de l'assujettissement ou non à l'impôt sur les sociétés est ici inopérante.

Plus globalement, il ressort des documents soumis à la commission d'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur a certes tenu compte du prix, mais aussi de la différence de matériel et de technique utilisés, la drague Fort Boyard présentant des atouts importants en termes de performance.

Vous pourrez donc écarter le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

Les autres moyens peuvent être écartés rapidement.

D'une part, la procédure d'appel d'offres n'est pas entachée d'irrégularité contrairement à ce qui est soutenu. Compte tenu du montant du marché, un seul avis d'appel public à la concurrence suffisait et c'est ce que le département a fait, régulièrement, par une publication au Bulletin officiel des annonces de marchés publics.

D'autre part, le département de la Charente-Maritime pouvait légalement exploiter l'activité de dragage sous la forme d'une régie dont les comptes sont retracés dans un budget annexe.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes
- au rejet de la requête présentée par la société Vinci construction maritime et fluvial devant la cour
- à ce que la société Vinci construction maritime et fluvial verse une somme de 3 000 euros chacun aux départements de la Charente-Maritime et de la Vendée au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- au rejet des conclusions présentées par cette société au même titre.

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.