

N° 418317

Société Les Téléskis de la Croix Fry

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 septembre 2019

Lecture du 14 octobre 2019

Conclusions

Mireille LE CORRE, rapporteure publique

S'il est un peu tôt dans la saison pour que ce pourvoi vous distraie et vous donne envie de rejoindre les lieux litigieux, il vous donnera l'occasion de vous pencher, à défaut de le faire sur des pistes de ski, sur deux intéressantes questions :

- l'une, en termes de procédure contentieuse, porte sur la recevabilité d'une intervention en appel,
- l'autre, sur le fond, concerne la régularité d'une offre proposant une variante, dans le cadre d'une délégation de service public.

1. La commune de Manigod, qui se situe près de la Clusaz, accueille une station de ski dont le domaine s'étend sur deux massifs. Chaque versant comporte des remontées mécaniques, dont l'exploitation était confiée à deux délégataires différents. En 2011, elle a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de confier la gestion et l'exploitation du service public des remontées mécaniques et des pistes de ski à un opérateur unique pour l'ensemble de son domaine skiable.

Deux candidats ont été admis à participer à la négociation : la société Les Téléskis de la Croix Fry (TCF), ancien délégataire pour une partie du domaine, et la société Manigod Labellemontagne. Cette dernière a été retenue par une convention du 20 juin 2012, par laquelle la commune lui a délégué la gestion et l'exploitation de l'ensemble du domaine skiable.

Dans le cadre de votre jurisprudence Société Tropic Travaux Signalisation (*Assemblée, 16 juillet 2007, n° 291545, au Recueil*), la société TCF a demandé au tribunal administratif de Grenoble l'annulation de ce contrat et la condamnation de la commune à lui verser une indemnité destinée à couvrir le manque à gagner subi ou, à tout le moins, à couvrir les frais exposés pour présenter son offre.

Le tribunal administratif a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du contrat, mais a condamné la commune à lui verser la somme de 3 millions d'euros, au titre de la perte de chance sérieuse d'obtenir le contrat.

Sur appel de la commune, la cour administrative d'appel de Lyon a ramené la condamnation à 150 000 euros. Elle a estimé que si la procédure était irrégulière, elle n'avait pas pour autant privé la société TCF d'une chance sérieuse de remporter le contrat. Elle en a déduit qu'elle ne pouvait donc pas prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner mais seulement à celui des frais engagés pour participer à la procédure de consultation.

La société TCF se pourvoit en cassation, ainsi que, par la voie du pourvoi incident, la commune de Manigod et la société Manigod Bellemontagne.

2. Examinons, en premier lieu et principalement, le pourvoi principal

Quatre moyens sont présentés, dont les deux premiers soulèvent les deux questions intéressantes que nous évoquons.

2.1. Premièrement, la cour a admis la recevabilité de l'intervention de la société Manigod Bellemontagne au soutien de la requête d'appel de la commune alors que l'objet du litige ne portait plus sur la validité du contrat de délégation de service public mais seulement sur la responsabilité de la commune.

Vous jugez que l'intervenant doit justifier d'un « *intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige* » (Section, 25 juillet 2013, OFPRA C/ E..., n° 350661, p. 224). Par cette décision, vous avez assoupli votre approche de l'intérêt à intervenir : là où vous exigiez, en plein contentieux, que l'intervenant justifie d'un « droit propre » auquel la décision à rendre était susceptible de préjudicier (Section, 15 juillet 1957, Ville de Royan, p. 365), vous avez emprunté le regard que vous portiez en excès de pouvoir, où vous n'exigiez déjà qu'un « intérêt suffisant ».

Depuis, vous avez appliqué cette jurisprudence s'agissant de la recevabilité devant le juge de l'impôt pour un syndicat professionnel (23 novembre 2015, Ministre des finances et des comptes publics c/ SAS Sara résidences de tourisme, aux Tables, n° 377390). Vous en avez aussi fait application en matière contractuelle, dans un cas toutefois assez particulier (intervention du Conseil national des barreaux admise dans un litige de plein contentieux contractuel, compte tenu des questions d'ordre général soulevées et de la mission confiée par la loi à cette instance : 10 février 2014, Société Cabinet Henri Abecassis, n° 367262, aux Tables).

Vous aurez ici l'occasion de faire application de cette jurisprudence OFPRA C/ E... s'agissant d'une société attributaire d'un contrat.

Précisons que vous exercez un contrôle de qualification juridique sur l'intérêt à intervenir dont justifie l'intervenant devant les juges du fond (30 mars 2015, ASPAS, n° 375144, aux Tables).

Le tribunal administratif a rejeté les conclusions à fin d'annulation du contrat et la société TCF ne formulait plus une telle demande en appel. Le seul litige indemnitaire entre la commune et la société TCF pouvait, dès lors, conduire à écarter l'intérêt à intervenir de la

société attributaire du contrat en appel. Il est évident que cette société n'avait pas intérêt à faire appel. Mais s'agissant de son intérêt à intervenir, nous pensons que la cour a exactement qualifié les faits en le retenant, pour au moins trois raisons.

La première est liée au sens strict des écritures des parties : la commune, qui a interjeté appel, concluait à l'annulation de l'ensemble du jugement, ce qui aurait pu conduire le juge d'appel, statuant par la voie de l'évocation, à se prononcer sur la validité de la délégation de service public.

Deuxièmement, la société TCF avait demandé, devant le juge d'appel, la production de l'offre concurrente. Cela intéressait donc directement et suffisamment la société Manigod.

Enfin et de façon plus générale, nous ne croyons pas opportun d'avoir une approche tellement stricte qu'elle conduirait à considérer qu'une société attributaire d'un contrat n'aurait aucun intérêt à intervenir dans un litige dont le cœur est pourtant, à l'origine, le contrat dont elle est signataire. Du point de vue de sa réputation au moins, de son image en termes économique, elle est très directement concernée par les suites de ce litige.

Nous vous proposons donc de retenir l'intérêt à intervenir de la société, et ce non pas eu égard aux seules circonstances de l'espèce (c'est-à-dire au regard des seules écritures et de la demande de production de l'offre), mais plus généralement lorsqu'il s'agit de la société attributaire du contrat, y compris donc lorsqu'est seulement recherchée la condamnation du cocontractant au versement d'une indemnité.

2.2. Le second moyen porte sur le fond du litige : l'offre de la société Manigod Labellemontagne était-elle ou non régulière ?

L'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales prévoit que la collectivité publique « *dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public* ».

Vous jugez que l'autorité délégante ne peut apporter, au cours de la procédure d'attribution, que des adaptations à l'objet du contrat de portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et ne présentant pas de caractère discriminatoire entre les candidats (21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, n° 209319, au Recueil, conclusions C. Bergeal). L'économie générale du contrat doit ainsi être préservée, sauf à méconnaître le principe d'égalité.

Vous exercez sur ce point un contrôle de qualification juridique (21 février 2014, Société Dalkia France, n°373159, aux Tables, s'agissant de l'appréciation portée par le juge du référé précontractuel).

Plus récemment, vous avez rappelé que les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande

publique. Vous avez précisé que pour assurer le respect de ces principes, les parties à une convention de DSP ne pouvaient, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire. Ils ne peuvent notamment ni modifier l'objet de la DSP, ni faire évoluer de façon substantielle l'équilibre économique du contrat (9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, n° 409972, conclusions G. Pellissier). Cette jurisprudence concerne l'exécution de la DSP mais son esprit nous semble transposable pour la phase amont de sélection.

En l'espèce, l'avis d'appel à candidature mentionnait que « les variantes techniques sont autorisées » de façon générale, mais le cahier des charges imposait aux candidats, à son article 24.2, de proposer « en plus des investissements de renouvellement, les investissements nouveaux ou toute autre proposition visant à contribuer au développement de la station, avec la réalisation a minima de deux télésièges et d'une retenue collinaire permettant l'installation d'un réseau de neige de culture sur le secteur croix de Fry ».

Or, l'offre retenue proposait une variante, une solution alternative, permettant d'atteindre le même objectif, à savoir étendre le réseau d'enneigement artificiel sur ce secteur, sans retenue collinaire. Il s'agissait d'une solution technique la dispensant de construire un tel ouvrage de stockage de l'eau, en lui substituant un raccordement au réseau de neige de culture de l'autre versant afin d'assurer l'enneigement artificiel du versant de Croix Fry.

Nous n'y voyons nullement une offre irrégulière.

- D'une part, la proposition comprenait une offre répondant strictement aux exigences demandées, avec une retenue collinaire.
- D'autre part, le seul fait de proposer une variante n'est, dès lors qu'une proposition principale est formulée, pas interdit.

La société TCF fait référence aux exigences posées par l'article 25 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, codifié à l'article L. 3124-3 du code de la commande publique, qui impose au concédant de définir dès le début de la procédure les « caractéristiques minimales » intangibles du contrat. Mais, d'une part, ces dispositions¹ n'ont fait que renforcer les principes déjà dégagés par votre jurisprudence, que nous ne pensons pas avoir été méconnue. D'autre part, à supposer ce qui ne va pas de soi, que la réalisation de la retenue collinaire soit une « caractéristique minimale », l'offre proposait, en tout état de cause, deux solutions dont l'une répondait strictement à l'appel d'offres. Nous avons donc la conviction que l'offre n'était pas irrégulière.

En revanche, il nous semble que la procédure, quant à elle, devenait irrégulière. En effet, à la réception de cette offre comprenant une innovation avec une variante, la commune aurait dû mettre la société concurrente sur le même pied d'égalité. C'est ce que la cour a retenu en estimant, comme le tribunal administratif, qu'il fallait y voir une modification du contrat et que cette possibilité devait, par conséquent, être communiquée à tous les candidats admis à

¹ Elles-mêmes non applicables au litige

négocier afin que chacun d'eux puisse adapter son offre ou justifier son choix, technique et financier, de maintenir sa proposition initiale.

L'appréciation de la régularité de la procédure dépend logiquement de la qualification à donner à la variante : est-elle une modification du contrat ou une adaptation de portée limitée ? On pourrait estimer que ce qui compte, en réalité, est plus la finalité qu'apporte une retenue collinaire – l'enneigement artificiel - que la retenue elle-même et que cette finalité peut être atteinte par d'autres dispositifs techniques. Mais, en l'espèce, elle était imposée par le cahier des charges comme un « a minima ». Nous pensons donc, comme les juges du fond, qu'il s'agissait d'une clause substantielle et qu'une évolution sur ce point nécessitait une information égale des candidats.

Mais, encore une fois et en tout état de cause, l'offre par elle-même n'est pas irrégulière. Retenir l'inverse reviendrait à brider excessivement l'initiative et l'imagination des candidats souhaitant proposer différentes voies de parvenir à la finalité, objet de la délégation.

Nous vous proposons donc d'écarter ce moyen –au titre de l'erreur tant de droit que de qualification juridique -, dans la lignée de votre jurisprudence Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise précitée, en précisant que la présentation d'une offre comprenant une variante, y compris sur des conditions impératives, tels que des équipements obligatoires, fixées par le cahier des charges, n'est pas par elle-même irrégulière. Et ce, en ayant à l'esprit que la procédure – même dans le cas d'une DSP et de la plus grande liberté qu'elle autorise - doit quant à elle, pour être régulière, assurer une information des autres candidats sur la possibilité de variantes ou le renoncement au caractère obligatoire d'une clause, afin qu'ils puissent formuler une proposition équivalente ou justifier le maintien de leur offre initiale, dès lors que cette variante est susceptible d'engendrer une modification du contrat.

Deux précautions s'imposent.

D'abord, il faut que le concédant informe, le cas échéant, les autres candidats, qu'il envisage de renoncer à une obligation imposée dans les documents de la consultation. Mais il n'a pas à les informer du choix technique précis sur lequel repose une variante proposée par un candidat, car cela reviendrait à communiquer les caractéristiques de l'offre à des entreprises concurrentes.

Ensuite, il est important que la procédure soit considérée comme régulière sans obligation d'information aux autres candidats lorsqu'une variante porte sur une simple adaptation limitée. A défaut, toute innovation risquerait d'effrayer les collectivités concédantes si elles pensaient devoir, au moindre élément de variation, assurer une information constante des candidats. Le but n'est pas la rigidité, mais l'égalité entre les candidats lorsque l'enjeu d'une modification, parce que substantiel, le mérite.

Il nous faut évoquer les deux autres moyens du pourvoi principal que vous pourrez écarter sans difficulté.

D'une part, s'agissant de l'existence d'une chance sérieuse d'obtenir le contrat, pour déterminer si une entreprise, qui n'a pu se porter candidate à la suite d'une irrégularité de procédure, dispose d'un droit à être indemnisée, il appartient au juge de rechercher si elle aurait eu une chance d'être retenue au cas où ces opérations auraient été régulièrement menées. Et vous jugez qu'en déduisant l'absence d'une telle chance de la liberté dont dispose l'administration pour choisir son cocontractant dans une procédure d'appel d'offres, une cour administrative d'appel commet une erreur de droit (7 juillet 1999, Société Actek, aux Tables, n° 177411, conclusions Pdt Combrexelle). La cour n'a, en l'espèce, pas commis une telle erreur : elle ne s'est pas contentée d'évoquer la liberté de l'autorité administrative délégante, mais a analysé l'existence d'une chance au regard des critères exigés et des éléments respectifs des deux offres.

Elle a par ailleurs, suffisamment motivé son arrêt.

Et s'agissant de l'appréciation de cette chance, vous jugez que « lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le 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 stipulations contraires du contrat, d'une indemnisation spécifique » (18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua, n° 249630, aux Tables ; rappelée régulièrement, 8 février 2010, Commune de la Rochelle, au Recueil, n° 314075, conclusions B. Dacosta ; et appliquée aux délégations de service public : 19 décembre 2012, S..., n° 355139, aux Tables).

Dit autrement, l'existence d'une chance sérieuse ouvre droit à l'indemnisation du manque à gagner alors que l'existence d'une chance « tout court » n'ouvre droit qu'au remboursement des frais de présentation de l'offre.

En l'espèce, c'est sans dénaturation (car c'est bien le contrôle que vous exercez : 27 octobre 2010, Société Pradeau et Morin, n° 318023, aux Tables), que la cour a retenu que la société TCF ne disposait pas d'une chance sérieuse de remporter le contrat. Il est soutenu que cette chance serait liée au caractère irrégulier de l'autre seule offre, mais nous vous avons déjà proposé de ne pas retenir ce point. L'offre de la société retenue présentait plusieurs avantages comparatifs importants par rapport à celle de la société TCF, notamment en termes de financement (avec le versement de l'intégralité du droit d'entrée), d'investissements proposés, d'un montant très supérieur, et de capacités d'innovation sur le plan commercial (par exemple un forfait grand domaine avec La Clusaz). Même en prenant en compte la réalisation ou non de la retenue collinaire et son impact financier, l'offre de la société Manigod aurait été plus attractive que celle de la société TCF.

Celle-ci estime que les faits lui donnent raison, puisque la commune a récemment exposé sa volonté de créer une retenue collinaire. Toutefois, cette appréciation de 2017 ne saurait

rétroagir sur celle qu'elle a portée en 2012, même si comme le souligne la société TCF non sans ironie, les effets du réchauffement climatique sur la fonte des glaciers et la diminution de l'enneigement alpin peuvent être anticipés. Mais vous n'êtes pas juge de la capacité d'anticipation environnementale des communes (qui vous conduirait sûrement à de nombreuses annulations !), mais seulement de leur choix de délégataire à un moment donné.

Par ailleurs, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en retenant un montant d'indemnité « tous intérêts compris ». Bien qu'il soit plus fréquent, et sans doute plus rigoureux et plus juste, de déterminer les intérêts à compter d'une date, aucun texte ni principe n'interdit de procéder « tous intérêts compris ». Et vous avez déjà admis ce type de dispositif (10 novembre 1965, V..., n° 58775, au Recueil ; 5 juin 1991, L... n° 75235, aux Tables).

Vous pourrez donc rejeter le pourvoi principal.

3. Nous en venons, plus rapidement, au pourvoi incident, qui ne soulève que deux moyens, essentiellement de dénaturation.

Nous retrouvons d'abord un moyen lié à celui du pourvoi principal sur l'existence d'une chance de la société TCF d'être retenue comme délégataire, cette fois d'une chance « tout court » que la commune et la société attributaire contestent. La cour, comme nous l'avons dit, a écarté la perte de chance sérieuse, mais a retenu l'existence d'une chance « tout court ».

L'offre de la société TCF serait irrégulière, sur trois points : un droit d'entrée prévu sous la forme d'une redevance annuelle échelonnée et non à la prise d'effet du contrat, la réalisation d'un seul télésiège et non deux au démarrage, la réalisation de la retenue hors du champ de la délégation de service public.

Nous pourrions hésiter un peu sur le second point, car il est vrai que la réalisation du second télésiège peut être lue comme conditionnée par d'autres éléments dans l'offre de la société TCF. Mais la cour a estimé que ces propositions avaient été précisées et modifiées lors des négociations et ne rendaient pas l'offre irrégulière. Elle a, par ailleurs, pertinemment relevé que la société TCF exploitait le domaine auparavant, soit depuis près de 40 ans et que son offre avait été qualifiée, à l'issue des négociations, de « bien argumentée et faisant preuve d'un grand professionnalisme ». Elle a ainsi pu, sans dénaturation, estimer que cette société n'était pas dépourvue de toute chance d'être retenue. Ajoutons que lorsqu'il n'y a que deux candidats, comme en l'espèce, la chance d'obtenir le marché de celle qui est évincée apparaît assez naturellement devoir être retenue, sauf faiblesse manifeste.

Vient enfin un moyen de dénaturation quant à l'évaluation des frais de présentation des offres. La cour les a évalués à 150 000 euros. La société a estimé le coût de présentation de son offre à près de 190 000 euros, constitué de frais de ressources humaines et de frais d'études. Ce montant demandé, comme le montant retenu, nous apparaît, à vrai dire, très élevé. Mais des éléments précis relatifs aux frais de ressources humaines sont communiqués, ainsi que sur les études. Dans le cadre du contrôle qui est le vôtre sur ce point factuel en cassation, nous ne voyons pas de dénaturation de la part de la cour à avoir jugé comme elle l'a fait.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi de la société Les Téléskis de la Croix Fry et du pourvoi incident de la commune de Manigod et de la société Manigod Labellemontagne
- à ce que la société Les Téléskis de la Croix Fry verse à la commune de Manigod et à la société Manigod Labellemontagne la somme de 1 500 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.