



**RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE** **Légifrance**
Le service public de la diffusion du droit

*Liberté
Égalité
Fraternité*

CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 11/09/2023, 20MA02773, Inédit au recueil Lebon

CAA de MARSEILLE - 6ème chambre

Lecture du lundi 11 septembre 2023

N° 20MA02773
Inédit au recueil Lebon

Président
M. FEDOU

Rapporteur public
M. POINT

Rapporteur
Mme Isabelle GOUGOT

Avocat(s)
SELARL CLOIX & MENDES-GIL

Texte intégral

RÉPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Corsica Networks a demandé au tribunal administratif de Bastia, d'une part, d'annuler le marché conclu le 21 septembre 2018 entre la collectivité de Corse et la société NXO France portant sur la conception, l'installation et l'administration d'un réseau régional très haut débit pour les établissements d'enseignement et de recherche de Corse, d'autre part, de condamner la collectivité de Corse à lui verser la somme de 282 585 euros hors taxes en réparation des préjudices subis du fait de son éviction de la procédure ou, à titre subsidiaire, la somme de 8 000 euros hors taxes en réparation du préjudice découlant des frais exposés pour la préparation de son offre, majorées des intérêts au taux légal à compter du 9 novembre 2018.

Par un jugement n° 1801165 du 9 juin 2020, le tribunal administratif de Bastia a rejeté sa demande.

Procédure devant la Cour :

Par un arrêt avant dire droit n° 20MA02773 du 14 juin 2021 la Cour, statuant sur l'appel de la SA Corsica Networks, a annulé le jugement n° 1801165 du tribunal administratif de Bastia du 9 juin 2020 ainsi que le marché conclu le 21 septembre 2018 entre la collectivité de Corse et la société NXO France, avec effet au 15 décembre 2021 puis, avant de statuer sur les conclusions indemnitaires de la SA Corsica Networks ordonné une expertise afin de déterminer, compte tenu des charges fixes et variables que cette société aurait supportées dans l'exécution du marché et, compte tenu des recettes procurées par celui-ci, la marge nette perdue par elle du fait de l'absence d'exécution du marché par ses soins.

Le 31 mars 2023 l'expert a déposé son rapport qui a été communiqué aux parties pour observations.

Par des mémoires enregistrés le 5 mai 2023, le 11 juillet 2023 et le 25 juillet 2023, la société Corsica Networks, représentée par Me Sabattier, demande à la Cour :

* à titre principal :

- de condamner la collectivité de Corse à lui verser la somme de 295 503 euros hors taxes, assortie des intérêts moratoires à compter du 9 novembre 2018 ;
- de mettre à la charge de la collectivité de Corse les frais et honoraires de l'expertise, taxés à la somme de 13 116,36 euros ;
- de mettre à la charge de la collectivité de Corse la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

* à titre subsidiaire :

- de condamner la collectivité de Corse à lui verser la somme de 240 831 euros hors taxes, assortie des intérêts moratoires à compter du 9 novembre 2018 ;
- de mettre à la charge de la collectivité de Corse les frais et honoraires de l'expertise, taxés à la somme de 13 116,36 euros ;
- de mettre à la charge de la collectivité de Corse la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le rapport d'expertise ne méconnaît pas le principe du contradictoire ;
- la période d'indemnisation à retenir correspond à celle de la durée prévisionnelle du marché ;
- elle formait un groupement solidaire avec la société Adista, qui était seulement chargée de la prestation " ROSC " ;
- l'expert a correctement déterminé la marge nette ;
- alors que la collectivité de Corse a demandé à la société NXO France dans le cadre de l'exécution du marché annulé de procéder au raccordement à la fibre de huit collèges, c'est l'hypothèse n° 2 de l'expert qui sera retenue et une somme de 295 503 euros qui lui sera accordée ;
- dans le cadre d'un contentieux indemnitaire engagé par un candidat irrégulièrement évincé, le manque à gagner ne saurait être limité au minimum garanti par le marché à bons de commandes.

Par un mémoire, enregistré le 19 juin 2023, la collectivité de Corse, représentée par Me Cloix, demande à la Cour d'écarter le rapport d'expertise du 28 mars 2023, de limiter l'indemnisation de la société Corsica Networks à la somme de 97 000 euros, de laisser les dépens et frais d'expertise à sa charge et de rejeter toute autre demande de la société Corsica Networks.

Elle fait valoir que :

- le rapport d'expertise a méconnu le principe du contradictoire ;
- c'est la durée d'exécution effective du marché, lorsqu'il a été résilié qui doit être prise en compte pour l'indemnisation et non sa durée théorique ;
- il faut exclure du calcul de la marge nette les prestations de la société Adista, membre du groupement ayant présenté l'offre avec la SA Corsica Networks alors que cette dernière agit seulement en son nom propre et non pour le compte du groupement ;
- le préjudice relatif aux prestations permettant le passage, pour les sites distants, d'une boucle locale cuivre à une boucle locale fibre, ne revêt pas de caractère certain ;
- le taux de marge retenu par l'expert est erroné ;
- les salaires et traitements et les charges sociales ainsi que les " autres achats et stocks " n'ont pas été pris en compte dans les charges fixes ;
- l'expert ne pouvait pas retenir les mêmes charges fixes et variables dans les deux hypothèses proposées ;
- il n'est pas établi que la société Corsica Networks aurait réalisé une marge nette sur les frais de raccordement dans la 2e hypothèse retenue par l'expert ;
- le calcul du chiffre d'affaires qui ne tient pas compte de la répartition entre les membres du groupement est erroné ;
- les montants retenus pour le calcul de la marge sur les frais de raccordement pour la 2e hypothèse ne sont pas cohérents avec le bordereau des prix unitaires et la nomenclature ;
- l'expert a retenu un chiffre d'affaires d'11 301 185 euros hors taxes pour l'hypothèse 1 et d'1 640 850 euros hors taxes pour l'hypothèse 2 alors que le montant minimum de commande était d'1 000 000 euros hors taxes en vertu de l'article 2.2 du CCAP ;
- compte tenu des insuffisances du rapport d'expertise, le taux de marge net moyen des exercices précédents, de 9,7 % sera appliqué au montant minimum du marché à bon de commandes d'un million d'euros, ce qui conduira à indemniser la société requérante seulement à hauteur de 97 000 euros.

Un courrier du 20 avril 2023 adressé aux parties en application des dispositions de l'article R. 611-11-1 du code de justice administrative, les a informées de la période à laquelle il est envisagé d'appeler l'affaire à l'audience et a indiqué la date à partir de laquelle l'instruction pourra être close dans les conditions prévues par le dernier alinéa de l'article R. 613-1 et le dernier alinéa de l'article R. 613-2.

Par ordonnance du 21 août 2023, la clôture de l'instruction a été fixée à sa date d'émission en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Isabelle Gougot, rapporteure,
- les conclusions de M. François Point, rapporteur public,
- et les observations de Me Roudergues, pour la société Corsica Networks, et de Me Vaysse, pour la collectivité de Corse.

Considérant ce qui suit :

1. La société Corsica Networks a demandé au tribunal administratif de Bastia, d'une part, d'annuler le marché conclu le 21 septembre 2018 entre la collectivité de Corse et la société NXO France portant sur la conception, l'installation et l'administration d'un réseau régional très haut débit pour les établissements d'enseignement et de recherche de Corse, d'autre part, de condamner la collectivité de Corse à lui verser la somme de 282 585 euros hors taxes en réparation des préjudices subis du fait de son éviction de la collectivité de Corse, à titre subsidiaire, la somme de 8 000 euros hors taxes en réparation du préjudice découlant des frais exposés pour la participation de son offre, majorées des intérêts au taux légal à compter du 9 novembre 2018. Par un jugement n° 1801165 du 9 juin 2020, le tribunal administratif de Bastia a rejeté cette demande. Par un arrêt n° 20MA02773 du 14 juin 2021, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel de la société Corsica Networks, annulé ce jugement ainsi que le marché attaqué à compter du 15 décembre 2021, et ordonné une expertise avant de statuer sur les conclusions indemnitaires de la société Corsica Networks. Le pourvoi en cassation enregistré par la société Corsica Networks contre cet arrêt avant dire droit a été rejeté. L'expert a déposé son rapport le 28 mars 2023.

Sur l'irrégularité de l'expertise pour méconnaissance du contradictoire :

2. Le respect du caractère contradictoire de la procédure d'expertise implique que les parties soient mises à même de discuter devant l'expert des éléments de nature à exercer une influence sur la réponse aux questions posées par la juridiction saisie du litige. Lorsqu'une expertise est entachée d'une méconnaissance de ce principe ou lorsqu'elle a été ordonnée dans le cadre d'un litige distinct, ses éléments peuvent néanmoins, s'ils sont soumis au débat contradictoire en cours d'instance, être régulièrement pris en compte par le juge, soit lorsqu'ils ont le caractère d'éléments de pur fait non contestés par les parties, soit à titre d'éléments d'information dès lors qu'ils sont corroborés par d'autres éléments du dossier.

3. La collectivité de Corse soutient que le pré-rapport d'expertise a été rendu le 27 février 2023, qu'un dire n° 8 et de nouvelles pièces ont été produits par la société Corsica Networks qui lui ont été communiqués seulement le 22 mars 2023 et que l'expert a remis son rapport trois jours ouvrables après le 28 mars en augmentant substantiellement le montant du préjudice, sans le justifier, ce qui méconnaîtrait, selon elle, le principe du contradictoire. Toutefois, il résulte seulement du rapport d'expertise que, suite à ce dire n° 8 et aux pièces communiquées transmises le 17 mars 2023 par la société Corsica Networks par l'intermédiaire de la plateforme dématérialisée " Opalex ", l'expert a modifié son rapport, déposé le 28 mars 2023, en incluant dans les charges variables la prestation de surveillance et du déplacement du technicien refacturée 1 200 euros hors taxes à la collectivité de Corse, ce qui correspond en réalité à une prestation " responsable opérationnel du service client-ROSC ", qui avait déjà été discutée par les parties en juillet 2022, notamment dans le dire n° 2. Si l'expert a également précisé que le calcul de l'indemnité serait fait avant impôt sur les sociétés pour éviter une double imposition, il s'agissait seulement de tenir compte de l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 janvier 2015 n° 384653 invoqué par la société Corsica Networks que la collectivité de Corse a été mise à même de discuter dans le délai qui lui a été imparti. Par suite, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que l'expertise aurait méconnu le principe du contradictoire.

Sur la prise en compte des prestations de la société Adista :

4. En l'absence de signature d'un acte d'engagement, la société Corsica Networks n'est pas fondée à soutenir qu'elle a droit à l'indemnisation du manque à gagner correspondant à la part du marché qui aurait été exécutée par la société Adista au motif qu'elles se seraient engagées solidairement.

5. Au surplus, les entreprises ayant formé un groupement solidaire pour l'exécution du marché dont elles sont titulaires sont réputées, dès lors qu'aucune répartition des tâches n'a été faite entre elles par le marché, se représenter mutuellement. Or, il résulte de l'instruction, et notamment de l'acte d'engagement produit par la société Corsica Networks au soutien de ses observations sur le rapport d'expertise que " la réponse apportée à ce marché est faite de façon conjointe par les sociétés Corsica Networks et Adista ", et qu'une répartition des tâches est prévue entre ces deux sociétés. La société Adista est ainsi chargée de la " validation de l'architecture globale du réseau ", de la " configuration et supervision de l'ASR et de la VRF associé " et du " service qualité et prestation ROSC - responsable opérationnel du service client ". Suite à la mesure d'instruction ordonnée par la Cour, la société Corsica Networks a produit l'acte d'engagement du précédent marché qui révèle que, pour la même répartition des tâches, les prestations de la société Adista représentaient 10 % du marché. Si la société Corsica Networks soutient que, pour le nouveau marché en litige, ce pourcentage devrait être réduit à 5 % ou 6 % car les prestations " validation de l'architecture globale du réseau " et " configuration et supervision de l'ASR et de la VRF associé " y seraient résiduelles, la solution technique et la configuration du réseau ayant déjà été réalisées lors du précédent marché dont elle était titulaire avec la société Adista, elle n'en justifie toutefois pas et il résulte au contraire de l'acte d'engagement que lesdites prestations y étaient encore mentionnées. Il sera donc fait une juste appréciation des prestations réalisées par la société Adista en les fixant à 10 % du marché en litige.

6. Il résulte de ce qui précède que la collectivité de Corse est fondée à soutenir qu'en l'absence de groupement solidaire, la société Corsica Networks ne peut réclamer l'indemnisation du manque à gagner correspondant à la part du marché qui aurait été exécutée par la société Adista.

Sur l'évaluation du préjudice :

7. En premier lieu, le titulaire d'un marché peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, r appartient d'établir la réalité de ce préjudice. Dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents cc prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce garanti, y compris dans le cadre de l'éviction irrégulière d'un candidat.

8. Le rapport d'expertise fixe le chiffre d'affaires à la somme d'1 301 185 euros sur quarante-sept mois. Toutefois il résulte de l'article 2-3 du règlement de consultation que le marché concernait la passation d'un accord-cadre sur bons de commande assorti d'un montant minimum d'1 000 000 euros hors taxes et d'un montant maximum de 2 600 000 euros hors taxes. Ainsi qu'il a été dit au point 7, le montant du chiffre d'affaires à retenir ne saurait ainsi excéder 1 000 000 d'euros. La société requérante n'est, par suite, pas fondée à critiquer le caractère erroné du chiffre d'affaires retenu par l'expert pour en outre soutenir également que la période d'indemnisation à retenir serait celle de la durée initiale du marché, de quarante-huit mois.

9. La collectivité de Corse ne peut par suite utilement soutenir que le contrat conclu ayant été annulé après avoir été exécuté pendant trente-neuf mois, le préjudice devrait être évalué sur cette période de référence et non sur la durée initiale du marché. En outre, l'irrégularité de ce marché demeure sans incidence sur le calcul du manque à gagner du candidat évincé de même que les conditions réelles d'exécution du contrat attribué qui sont sans incidence sur l'indemnité du candidat évincé laquelle doit être calculée en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché auquel elle a postulé si elle l'avait obtenu.

10. Enfin, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que l'hypothèse n° 2 du rapport d'expertise, qui inclut le raccordement de certains collèges à la fibre devait être retenue alors qu'il résulte du cahier des clauses techniques particulières, page 16, qu'il s'agit d'une " prestation supplémentaire ", ce qui ne confère pas de caractère certain au préjudice invoqué à ce titre.

11. Pour le calcul du manque à gagner il y a lieu de soustraire du chiffre d'affaires non réalisé, d'un million d'euros comme indiqué au point 8, les seules charges variables ou les coûts fixes supplémentaires générés par le marché. Par suite, la collectivité de Corse ne peut utilement soutenir que le taux de marge retenu par l'expert serait erroné au regard du taux de marge moyen des autres années. Si la collectivité de Corse critique l'absence de prise en compte des salaires et traitements et charges sociales par l'expert, elle ne démontre pas qu'il s'agirait de charges fixes supplémentaires générées par le marché.

12. Les charges variables ont été évaluées par le rapport d'expertise en page 67 à la somme de 1 016 713 euros hors taxes pour une durée de quarante-sept mois, l'article 2 du cahier des charges techniques relatif aux " délais d'exécution et périodes du marché " prévoyant trois périodes d'exécution, de " déploiement " d'une durée maximale de cinq mois, de " validation des services réguliers - VSR " d'une durée d'un mois, et d'" exploitation ", décomposée en quatre cycles. Devront toutefois être déduites du montant des charges variables évaluées dans le rapport d'expertise les charges correspondant dans la synthèse des frais variables de l'expert aux " frais de préparation de l'offre de service " de 8 000 euros, au " temps passé pour le COPIL " de 2 624 euros, à la " rémunération technicien mise en place " de 5 586 euros, aux " réunions mensuelles JM Giammari " de 328 euros et " réunions hebdomadaires JM Giammari " de 650 euros et enfin de " gestion technique du contrat après un an " de 221 euros, qui doivent être regardées comme des frais fixes de personnel, et comme telles exclues du manque à gagner ainsi qu'il a été dit au point 11, alors qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'il s'agirait de charges fixes supplémentaires générées par le marché. Le total des charges variables à retenir peut, par suite, être fixé à 999 304 euros. Le montant des charges variables devra toutefois être proratisé au regard de la somme d'1 million d'euros de chiffre d'affaires retenue alors que dans son calcul l'expert retenait de son côté un chiffre d'affaires d'1 301 185 euros, sans le raccordement à la fibre. Les charges variables correspondant au chiffre d'affaires d'1 000 000 d'euros peuvent ainsi être fixées à la somme de 767 965,12 euros ($1\ 000\ 000 / 1\ 301\ 185 \times 100 = 76,85\ \% \times 999\ 304$).

13. Il résulte de ce qui précède que le manque à gagner de la société Corsica Networks peut être évalué à 232 034,88 euros (1 000 000 - 767 965,12 euros).

Sur les intérêts :

14. La société Corsica Networks a droit aux intérêts au taux légal appliqués à l'indemnité de 232 034,88 euros à compter du 9 novembre 2018, date de la demande de première instance.

Sur les dépens :

15. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre les frais et honoraires de l'expertise confiée à l'expert, taxés et liquidés à la somme de 13 111,36 euros par l'ordonnance de la présidente de la Cour du 11 avril 2023, à la charge définitive et solidaire de la collectivité de Corse, partie perdante dans la présente instance, sous déduction de l'allocation provisionnelle de 5 000 euros fixée par ordonnance du 22 septembre 2022.

Sur les frais liés au litige :

16. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme quelconque soit mise à la charge de la société Corsica Networks, qui n'est pas la partie tenue aux dépens, au titre des frais exposés par elle et non compris dans ces dépens. En revanche, il y a lieu de mettre à la charge de la collectivité de Corse, qui est la partie tenue aux dépens, une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la société Corsica Networks et non compris dans les dépens.

D É C I D E :

Article 1er : La collectivité de Corse est condamnée à verser la somme de 232 034,88 euros à la société Corsica Networks, asso. intérêts au taux légal à compter du 9 novembre 2018.

Article 2 : Les frais d'expertise, liquidés et taxés à hauteur de 13 111,36 euros sont mis à la charge de la collectivité de Corse.

Article 3 : La collectivité de Corse versera à la société Corsica Networks une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la société Corsica Networks est rejeté.

Article 5 : Les conclusions de la collectivité de Corse formées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié à la collectivité de Corse et à la société Corsica Networks.

Copie en sera transmise à la société NXO France et à M. A... B..., expert.

Délibéré après l'audience du 28 août 2023, où siégeaient :

- M. Alexandre Badie, président de chambre,
- Mme Isabelle Gougot, première conseillère,
- Mme Isabelle Ruiz, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 11 septembre 2023.

2

N° 20MA02773

Analyse

^ Abstrats

CETAT39-02 Marchés et contrats administratifs. - Formation des contrats et marchés.

CETAT39-02-005 Marchés et contrats administratifs. - Formation des contrats et marchés. - Formalités de publicité et de mise en concurrence.