

CONSEIL D'ETAT

DL

statuant
au contentieux

N° 407099

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE LE PAGUS

M. Marc Firoud

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 7ème et 2^{ème}

chambres réunies)

M. Gilles Pellissier

Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 5 septembre 2018

Lecture du 17 septembre 2018

Vu la procédure suivante :

La société Le Pagus a demandé au tribunal administratif de Toulon, à titre principal, de condamner la commune de Fréjus à lui verser les sommes de 1 023 020 euros au titre de son manque à gagner et de 50 000 euros au titre de ses frais de soumissionnement du fait de son éviction irrégulière du sous-traité de concession du lot n° 5 de la plage naturelle de la commune de Fréjus, ces sommes étant assorties des intérêts de retard au taux légal à compter du 29 septembre 2011, eux-mêmes capitalisés à partir du 29 septembre 2012 et, à titre subsidiaire, d'ordonner une expertise. Par un jugement n° 1200214 du 21 février 2014, le tribunal administratif de Toulon a rejeté la demande de la société Le Pagus.

Par un arrêt n° 14MA01809 du 21 novembre 2016, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel formé par la société Le Pagus contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 23 janvier et 20 avril 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Le Pagus demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Fréjus la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Firoud, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Monod, Colin, Stoclet, avocat de la société Le Pagus et à la SCP Gaschignard, avocat de la commune de Fréjus.

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que l'Etat a consenti en 1991 à la commune de Fréjus une concession de plage naturelle, qui a été reconduite pour la période du 1^{er} janvier 2010 au 31 décembre 2012 ; que, par une délibération du 25 septembre 2008, le conseil municipal de la commune de Fréjus a adopté le principe du renouvellement d'une délégation de service public sous forme de concession pour l'aménagement et l'exploitation des lots de plages, situés sur les plages naturelles de Fréjus-Plage et sur la base nature « François Léotard », pour une durée de douze ans ; qu'un avis d'appel public à la concurrence portant notamment sur le lot n° 5 de la plage naturelle de « Fréjus-Plage » a été publié le 25 juin 2009 ; que seule la société Le Pagus, déjà titulaire de ce lot, a déposé une offre pour son attribution ; que le conseil municipal a, par une délibération du 26 novembre 2009, déclaré la procédure infructueuse, en raison de l'insuffisance de concurrence et du caractère incomplet de l'offre déposée ; qu'une seconde consultation a été lancée par la commune de Fréjus, au terme de laquelle le lot n° 5 de la plage naturelle de « Fréjus-Plage » a été attribué à la société Madatech par une délibération en date du 28 juin 2010 ; que la société Le Pagus a demandé la condamnation de la commune de Fréjus à l'indemniser du préjudice subi du fait de son éviction, qu'elle estime irrégulière, des deux procédures de passation du lot n° 5 ; que, par un jugement du 21 février 2014, le tribunal administratif de Toulon a rejeté sa demande ; que, par un arrêt du 21 novembre 2016, contre lequel la société Le Pagus se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté son appel ;

2. Considérant, d'une part, que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat, il appartient au juge de vérifier d'abord si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat ; que, dans l'affirmative, il n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient, d'autre part, de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat ; que, dans un tel cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ; qu'en revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'éviction de la société Le Pagus de la première consultation :

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dans leur rédaction applicable à la date de la procédure de passation : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. / Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. (...) La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. / Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.* » ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que par un jugement du 16 mars 2012, confirmé par un arrêt du 26 mai 2014 de la cour administrative d'appel de Marseille, le tribunal administratif de Toulon a annulé la délibération du 26 novembre 2009 par laquelle le conseil municipal de la commune de Fréjus a déclaré « infructueuse » l'attribution du lot n° 5 de la plage naturelle de « Fréjus-Plage » ; que cette annulation était fondée sur le double motif que la circonstance que la société Le Pagus était le seul candidat à l'attribution de ce lot n'était pas, en tant que telle, de nature à fonder le rejet de son offre pour infructuosité et que l'offre de la société était conforme au règlement de la consultation ; que, saisie d'une demande de la société Le Pagus tendant à la réparation du préjudice résultant de son éviction irrégulière, la cour a estimé que la société ne pouvait être regardée comme ayant eu des chances sérieuses de se voir attribuer le lot litigieux à l'issue de la première procédure de consultation dès lors, d'une part, que l'autorité de la chose jugée dans son arrêt du 26 mai 2014 ne faisait pas obstacle à ce que la collectivité délégante renonce à poursuivre la procédure d'attribution de la délégation de service public pour un motif d'intérêt général et, d'autre part, que cette société n'avait pas été empêchée de présenter sa candidature à l'attribution de la même délégation ;

5. Considérant, en premier lieu, que contrairement à ce que soutient la société requérante, le tribunal puis la cour n'ont pas jugé que la commune ne pouvait pas légalement renoncer à poursuivre la procédure pour un motif d'intérêt général, mais seulement que les motifs invoqués par la commune ne pouvaient justifier une déclaration d'infructuosité de la procédure ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la cour aurait méconnu l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du 26 mai 2014 en estimant qu'alors même que la délibération du 26 novembre 2009 déclarant infructueuse la première consultation relative à l'attribution du lot n° 5 de « Fréjus Plage » a été annulée, l'absence de concurrence était un motif d'intérêt général dont la commune de Fréjus pouvait se prévaloir pour renoncer à poursuivre la procédure, doit être écarté ;

6. Considérant, en deuxième lieu, qu'une personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat de concession ne saurait être tenue de conclure le contrat ; qu'elle peut décider, sous le contrôle du juge, de renoncer à le conclure pour un motif d'intérêt général ; que,

contrairement à ce que soutient la société requérante, l'insuffisance de la concurrence constitue un motif d'intérêt général susceptible de justifier la renonciation à conclure un contrat de délégation de service public ;

7. Considérant, enfin, qu'il ressort des pièces du dossier que pour justifier sa renonciation à poursuivre la première procédure de consultation, la commune s'est prévaluée devant les juges du fond du motif tiré de l'insuffisance de la concurrence ; que la cour a vérifié, comme elle devait le faire, si cette circonstance était un motif d'intérêt général de nature à justifier cette décision ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société Le Pagus dirigé contre l'arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions indemnitaires présentées au titre de son éviction de la première procédure de consultation doit être rejeté dans cette mesure ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'éviction de la société Le Pagus de la seconde consultation :

9. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques, dans sa rédaction alors applicable : « *Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance (...)* » ; que l'article L. 2125-3 du même code précise que : « *La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public, qui doit à ce titre, en l'absence de dispositions contraires, fixer les conditions de délivrance des permissions d'occupation, de déterminer le tarif des redevances en tenant compte des avantages de toute nature que le permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation du domaine public ; qu'en l'absence de toute stipulation contractuelle réservant au concédant la détermination du montant des redevances, ces règles trouvent à s'appliquer, même en l'absence de décision autorisant le concessionnaire à fixer ce montant, au concessionnaire délivrant les autorisations d'occupation du domaine public dont l'exploitation lui est concédée ;

10. Considérant que si une collectivité délégante lance la procédure prévue par les dispositions du code général des collectivités territoriales pour la passation d'une convention de délégation de service public afin d'attribuer un sous-traité d'exploitation d'une plage, qui porte également autorisation d'occupation du domaine public, elle peut librement négocier avec les candidats à l'attribution de ce sous-traité l'ensemble des éléments composant leur offre, y compris le montant de la redevance domaniale, afin de rechercher la valorisation optimale de son domaine ; qu'à ce titre, une collectivité délégante peut notamment prévoir que le montant de la redevance domaniale versée par l'attributaire fasse partie des critères de sélection des offres ; qu'il appartient ensuite à la collectivité délégante, en sa qualité d'autorité gestionnaire du domaine public, de fixer elle-même, au plus tard lors de l'attribution du sous-traité, le montant de la redevance domaniale devant être versée par l'attributaire du contrat ;

11. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour, pour juger que la commune de Fréjus n'était pas tenue de déterminer les taux et les critères de l'assiette de la redevance due par chaque attributaire préalablement au lancement de la procédure d'attribution d'un sous-traité d'exploitation de plage, a estimé qu'aucune disposition ne fait obstacle à ce que la collectivité délégante négocie librement avec les candidats à l'attribution d'un tel sous-traité l'ensemble des éléments composant leur offre, y compris le montant de la redevance afférente à l'occupation du domaine public ; qu'ainsi qu'il a été dit au point précédent, la collectivité délégante peut fixer postérieurement à la négociation qu'elle engage avec les candidats à l'attribution d'un sous-traité d'exploitation, le montant de la redevance domaniale devant être versée par l'attributaire, en contrepartie des avantages de toute nature procurés par l'effet de l'attribution de ce sous-traité ; qu'il suit de là que la cour, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la commune de Fréjus avait pu prévoir, parmi les critères de sélection des offres, de prendre en compte le montant de la redevance proposée par les candidats à l'attribution du sous-traité, dès lors qu'il est constant que cette commune, en qualité d'autorité gestionnaire de son domaine, ne s'est pas dessaisie de sa compétence relative à la fixation du montant de la redevance ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société Le Pagus dirigé contre l'arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions indemnitaires présentées au titre de son éviction de la seconde consultation doit aussi être rejeté dans cette mesure ;

Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Fréjus, qui n'est pas la partie perdante, la somme demandée par la société Le Pagus au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, au titre des mêmes dispositions, de mettre à la charge de cette société le versement d'une somme de 3 000 euros à la commune de Fréjus ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi de la société Le Pagus est rejeté.

Article 2 : La société Le Pagus versera à la commune de Fréjus une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Le Pagus et à la commune de Fréjus.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie et des finances et au ministre de l'action et des comptes publics.