

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1400078

Société Air Alizé

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 11 septembre 2014
Lecture du 2 octobre 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête, enregistrée le 21 février 2014, présentée pour la société Air Alizé dont le siège est (...), représentée par son représentant légal, par la SELARL Descombes et Salans, avocats ; la société Air Alizé demande au tribunal :

- d'annuler la décision de la Province des Iles Loyauté refusant de l'indemniser ;
- de condamner la province des Iles Loyauté à lui verser la somme de 250 000 000 francs CFP en réparation du préjudice subi avec les intérêts à compter de la réclamation préalable et capitalisation des intérêts ;
- d'enjoindre à la Province des Iles Loyauté de procéder à la récupération des subventions de 170 000 000 francs et 90 000 000 francs ainsi que des sommes correspondant à l'abandon du compte-courant d'associé de 300 000 000 francs CFP décidé en décembre 2010, dans le délai d'un mois à compter de la notification du jugement à intervenir ;
- assortir cette injonction d'une astreinte de 100 000 francs par jour de retard ;
- de condamner la province des Iles Loyauté à lui verser la somme de 900 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la province des Iles Loyauté a entendu apporter à Air Loyauté le soutien financier nécessaire à l'obtention du marché public des Evasan ;
- à partir de 2010 la Province et sa société d'économie mixte d'investissement ont multiplié les efforts pour doter Air Loyauté d'une flotte répondant aux prescriptions techniques exigées pour la réalisation des EVASAN ;

- la société d'économie mixte de développement et d'investissement des îles (SODIL) intervient en qualité de mandataire de la Province des îles, en vertu de la délibération n° 92-23/API modifiée du 9 avril 1992 lui donnant mandat dans le domaine du tourisme et des transports ;
- ses décisions prises dans le cadre du mandat engageant donc la responsabilité de la Province ;
- la Province et son mandataire avaient d'ores et déjà engagé leur programme de « soutien » financier au profit d'Air Loyauté dans la perspective de remporter l'appel d'offres ;
- Air Loyauté n'étant pas susceptible, avec ses moyens, de respecter les exigences du marché, les aides de la Province ont été déterminantes ;
- Air Loyauté a pris dans son offre des engagements disproportionnés par rapport à ses moyens techniques et financiers ;
- à partir du moment où l'offre d'Air Loyauté a été retenue en mars 2011, la Province a débloqué l'ensemble des fonds nécessaires pour que les engagements pris au stade de la consultation puissent être respectés ;
- le conseil d'administration n'a pas réagi aux observations du commissaire aux comptes qui attirait son attention sur la perte mensuelle de 10.000.000 francs CFP d'Air Loyauté ;
- la SODIL, intervenant en tant que mandataire de la Province, a abondé les comptes d'Air Loyauté de façon excessive, injustifiable et incompatible avec les règles applicables aux aides publiques dans la seule fin de permettre à Air Loyauté de se prévaloir de capacités financières suffisantes pour l'obtention du marché des Evasan ;
- en août 2011, la Province a attribué une subvention de 170.000.000 francs CFP ayant pour objet l'achat d'un aéronef pour la compagnie Air Loyauté ;
- en novembre 2011, la Province a attribué une subvention de 90.000.000 francs CFP ayant pour objet l'acquisition d'équipements spécifiques aux Evasans de deux appareils d'Air Loyauté ;
- ces deux aides directes accordées pour l'achat d'un avion et leur équipement ne sont pas susceptibles d'être justifiées par un intérêt public local quelconque ;
- leur seule et unique justification est la volonté provinciale de doter coûte que coûte Air Loyauté des moyens financiers et techniques afin d'éliminer la concurrence ;
- la Province a biaisé la procédure de mise en concurrence pour l'attribution du marché public en injectant massivement des fonds publics dans une compagnie qui subissait des pertes vertigineuses et ne disposait pas des moyens lui permettant de présenter ne serait-ce qu'une offre conforme au CCTP.
- les subventions litigieuses ne présentent aucun caractère d'intérêt public ;
- l'organisation ou même l'exécution du service de santé à l'échelle territoriale ne relève pas des compétences de la Province des îles Loyauté ;
- il n'existe pas de carence dans l'initiative privée pour soumissionner aux marchés publics passés par le CHT ;
- s'il y a mise en concurrence, et si plusieurs entreprises privées sont candidates, c'est bien qu'il existe une initiative privée dynamique ;
- il ne saurait être valablement considéré qu'en finançant l'acquisition d'un aéronef ainsi que l'équipement spécifique de la flotte d'Air Loyauté pour effectuer les EVASAN, la Province des îles Loyauté répondait à un besoin local ou améliorerait la qualité du service apporté à ses administrés ;
- si la Province estimait que les Evasan n'étaient pas réalisées dans des conditions satisfaisant sa population, il lui appartenait d'en référer à l'autorité territoriale compétente et, le cas échéant de créer un service distinct au profit de ses administrés ;
- depuis notamment l'arrêt Million et Marais de 1997, toute décision par laquelle la puissance publique place une personne privée en situation anticoncurrentielle est illégale ;

- la délibération du congrès n° 14 d'octobre 2004 portant réglementation économique qualifie d'illégales plusieurs pratiques anticoncurrentielles dont l'abus de position dominante ;

- les aides litigieuses ont placé la compagnie Air Loyauté en situation d'abus de position dominante en ce qu'elles ont permis à cette dernière d'acquérir un avion et des équipements aux fins d'exécuter un marché public sans toutefois assumer la charge financière d'une telle opération ;

- la Province des îles Loyauté a déjà été condamnée par la juridiction administrative dans une espèce transposable ;

- la loi n° 99-210 modifiée dispose que certaines dispositions du Code général des collectivités territoriales sont applicables aux SEM de Nouvelle-Calédonie dont les articles L. 1522-4 et 1522-5 ;

- ces dispositions du CGCT concernant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM s'appliquent strictement sous peine d'annulation ;

- l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales, applicable aux SEM auxquelles participent notamment les Provinces en vertu de l'article 8-1 de la loi n° 99-210, soumet à l'autorisation préalable des collectivités publiques actionnaires toute prise de participation, par une SEM, dans le capital d'une société commerciale ;

- les aides accordées par une SEM à l'une de ses filiales doivent être autorisées par les collectivités actionnaires ;

- il n'existe pas, à sa connaissance, d'autorisation provinciale permettant à la SODIL de prendre une participation dans le capital d'Air Loyauté ;

- l'abandon de compte-courant décidé par la Sodil, pour un montant de 300 000 000 Francs CFP, au profit d'Air Loyauté, le 13 décembre 2010, n'a pas fait l'objet d'une autorisation préalable de la Province alors même qu'il s'agit d'une aide directe accordée par la SEM au bénéfice de sa filiale, sans la moindre contrepartie et sans considération des effets de cette décision sur les deniers publics ;

- l'abandon de compte-courant de 300 000 000 francs CFP constitue un concours financier irrégulier dont il appartient à la Province de solliciter le remboursement ;

- les subventions litigieuses, qui ont profité à Air Loyauté, n'entrent manifestement pas dans le champ d'application de l'article 212 de la loi organique, relatif au rééquilibrage économique des Provinces ;

- l'attribution à Air Loyauté d'un marché public passé par le CHT, ne relève pas de l'implantation, du développement ou de la reconversion de l'activité de cette société sur le territoire de la Province des îles Loyauté ;

- l'article 183-3 de la loi organique pose l'obligation d'encadrer, au niveau provincial les conditions d'octroi d'aides financières ;

- le code de développement économique (CODEV) de la Province des îles Loyauté a été édicté par la délibération n° 2003-011 API du 7 mars 2003 ;

- il n'apparaît pas que le financement d'un aéronef à hauteur de 170 000 000 francs CFP ou de l'équipement d'avions à hauteur de 90 000 000 francs CFP pour le compte d'un tiers seraient susceptibles d'être réalisés dans le cadre du CODEV ;

- même si le CODEV prévoit la possibilité d'accorder des aides ponctuelles qui n'entrent pas dans les catégories préétablies (article 81), l'opération litigieuse ne peut vraisemblablement pas relever de ce régime dérogatoire, lequel prévoit dans tous les cas une procédure particulière d'instruction des dossiers et de liquidation des aides ;

- les subventions litigieuses ont manifestement été décidées dans le seul objectif de mettre Air Loyauté en situation d'honorer les obligations qu'elle avait contractées dans le cadre de sa réponse à l'appel d'offres du CHT ;

- la Province a, en effet, entendu se placer délibérément hors du champ d'application du CODEV et plus largement de l'article 183-3 de la loi organique, en procédant à un financement indirect par le biais de la SEM ;
- le détournement de la réglementation relative à l'intervention économique de la Province se trouve caractérisé ;
- l'acquisition de l'aéronef par la Province des îles Loyauté aurait donc dû être réalisée sous la forme d'un marché public conclu après une mise en concurrence ;
- cette obligation réglementaire a été contournée par la Province en faisant réaliser l'acquisition par la SEM tout en supportant la dépense ;
- l'existence d'un mandat entre une collectivité territoriale et une SEM implique nécessairement que les contrats passés par la SEM dans le cadre du mandat respectent les règles applicables à sa mandante, et donc, en matière d'acquisition de biens, la réglementation des marchés publics ;
- la Province ne pouvait pas légalement donner mandat à la SODIL pour acquérir en son nom et pour son compte des aéronefs, ni a fortiori, comme au cas d'espèce pour acquérir un aéronef dédié à une toute autre société ;
- le recours à un marché public de fourniture et de prestation de service s'imposait pour l'acquisition et de l'installation des équipements des avions pour un montant de 90 000 000 francs CFP ;
- elle entend contester par la voie de l'exception la légalité de la délibération n° 92-23/API modifiée ;
- cette délibération viole en effet la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie en matière de desserte aérienne ;
- son article 1^{er} confie, en effet, un mandat à la SODIL en matière de développement de la desserte aérienne alors que la Province ne dispose d'aucune compétence en la matière ;
- l'empiètement illégal sur les compétences de la Nouvelle-Calédonie auquel se livre la Province depuis une vingtaine d'années rejaillit sur la délibération du 31 août 2011 qui est expressément fondée sur une délibération irrégulière ;
- l'article 3 de la délibération n° 92-23/API modifiée prévoit que la Province peut accorder à la SODIL des subventions afin d'équilibrer financièrement les opérations qui lui sont confiées ou de soutenir tout projet relatif à la desserte aérienne ;
- cette disposition n'a pas pour effet de déroger aux dispositions précitées de la loi organique relatives aux aides financières provinciales et sera donc écartée ;
- le montant des subventions litigieuses, savoir 170 000 000 francs CFP et 90 000 000 francs CFP, ne correspond pas à une subvention d'équilibre ou de soutien ;
- la Province a décidé de porter l'intégralité de l'investissement lié à l'acquisition d'un aéronef ainsi qu'à l'équipement de plusieurs avions et n'a tout simplement pas respecté les plafonds, d'ailleurs illégaux, qu'elle s'était elle-même fixés ;
- son offre a été classée en seconde position, immédiatement après celle d'Air Loyauté ;
- elle avait des chances très sérieuses d'obtenir le marché, puisqu'en l'absence du soutien fautif de la Province Air Loyauté n'aurait pas présenté l'offre la moins disante, ni la mieux disante et elle aurait obtenu le marché ;
- le candidat disposant d'une chance sérieuse a droit à être indemnisé de la totalité du manque à gagner subi du fait de l'irrégulière préférence accordée à une offre concurrente ;
- elle a fait procéder à une analyse détaillée de son manque à gagner par un expert-comptable en mars 2012 qui fait apparaître que le bénéfice d'exploitation escompté était de 158 000 000 francs CFP ;
- elle a fait procéder en 2013 à l'actualisation de cette analyse financière afin de prendre en compte certains paramètres complémentaires ;

- l'expert-comptable conclut au fait que le préjudice qu'elle a subi c'est-à-dire le bénéfice d'exploitation dont elle a été privée, s'élève, sur une période de 5 ans correspondant à la durée du marché à la somme 200 000 000 francs CFP ;
- une réclamation préalable a été adressée à la Province ;
- les intérêts, qui ont commencé à courir à compter de cette réclamation, seront capitalisés ;
- le tribunal ordonnera à la Province de procéder à la récupération des subventions irrégulièrement accordées au profit d'Air Loyauté, soit une somme totale de 560 000 000 francs CFP (subventions de 170 000 000 francs CFP et de 90 000 000 francs CFP, abandon d'un compte courant de 300 000 000 francs CFP) ;
- eu égard à la gravité de la situation, le tribunal dira que la récupération des subventions devra intervenir dans le mois qui suivra la notification du jugement à intervenir et assortira cette injonction d'une astreinte de 100 000 francs CFP par jour de retard ;

Vu le mémoire, enregistré le 24 avril 2014, présenté pour la province des îles Loyauté par son président qui conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient que :

- la société Air Alizé et sa consœur, la société TAT, depuis la perte, par la première, du marché de l'Evasan par voie aérienne en 2011, s'acharnent inlassablement en introduisant tour à tour des recours ;
- à ce jour, trois procédures sont pendantes devant la Cour administrative d'appel de Paris ;
- les 2 sociétés consœurs, Air Alizé et TAT, revendiquent toutes les deux la première place dans l'attribution du marché et demandent, toutes les deux, réparation auprès de la Province des îles Loyauté pour un préjudice qui, pour ce qui concerne Air Alizé, ne relève pas de la responsabilité de la collectivité attaquée ;
- la société Air Alizé engage la responsabilité extracontractuelle de la province des îles Loyauté ;
- les moyens soulevés par la requérante relèvent pour partie de la compétence du juge judiciaire et non du juge administratif, en particulier les griefs relatifs à la concurrence déloyale ;
- Air Alizé ne justifie pas de l'intérêt à agir: en effet le contentieux de pleine juridiction se caractérise par le fait que le requérant demande que soit reconnu et sanctionné un droit qui lui est propre, or, en l'espèce, Air Alizé n'est pas titulaire d'un droit ;
- la nature même de la requête, qualifiée par la requérante de recours de plein contentieux, peut être contestée, en effet, elle se rapproche en de nombreux moyens au recours en annulation de la délibération de la province des îles Loyauté qui a été rejeté par jugement n° 1265 du 14 juin 2012 du tribunal de céans ;
- si une requête doit être regardée, compte tenu tant des conclusions que de la nature des moyens présentés à l'appui de ces conclusions, comme constituant un recours pour excès de pouvoir, la nature de ce recours ne peut plus être modifiée après expiration du délai de recours contentieux ;
- la requérante reproche à la province d'avoir commis une faute de nature à engager sa responsabilité en créant une situation de concurrence déloyale entre les sociétés Air Loyauté et Air Alizé dans le cadre de l'appel d'offres lancé en octobre 2010 par le CHT en vue d'attribuer le marché d'Evasan ;
- l'appel d'offres a été lancé par le CHT en octobre 2010, le marché de l'Evasan a été attribué à Air Loyauté en mars 2011 et la province des îles Loyauté a attribué une subvention à la SODIL fin août 2011 : la collectivité provinciale n'a donc pas créé une situation de concurrence

déloyale dans le cadre de l'appel d'offres puisque la subvention n'a été attribuée par la province qu'en août 2011, soit près d'un an après le lancement de l'appel d'offres du CHT ;

- elle n'a jamais, avant le 21 février 2014, date de la demande indemnitaire préalable, reçu une quelconque demande de subvention de la part de la société Air Alizé ou de sa consœur la société TAT ;

- aucune démonstration de ce qu'elle aurait commis une faute n'est apportée ;

- elle ne peut être tenue responsable des infortunes d'Air Alizé auprès du CHT ;

- la requérante ne se tourne pas vers la collectivité responsable en engageant la responsabilité extracontractuelle de la province ;

- au moyen tiré de ce qu'elle n'était pas compétente pour intervenir, via la société Air Loyauté, sur le marché des Evasan, elle tient à indiquer à la requérante, qu'il n'y a pas eu prise en charge d'une activité économique, mais simplement une candidature à l'attribution d'un marché public, ce qui est autorisé par la jurisprudence ;

- il serait manifestement inéquitable de laisser à sa charge les frais exposés par la requérante ;

Vu l'ordonnance en date du 6 mai 2014 fixant la clôture d'instruction au 10 juin 2014, en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 6 mai 2014, le mémoire présenté pour la société Air Alizé par la SELARL Descombes et Salans, avocats, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle ajoute que :

- les aides accordées ont eu pour conséquence d'anéantir toute concurrence pour l'obtention d'un marché public ;

- le procès-verbal du conseil d'administration de décembre 2010 démontre que la mobilisation de la Province auprès d'Air Loyauté a bien commencé en 2010 ;

- d'autres procès-verbaux de réunion du conseil d'administration de la Sodil tenus en 2011 démontrent l'objectif poursuivi par la Province ;

- il y a eu des engagements provinciaux avant l'appel d'offres ;

- l'argument d'ordre chronologique soulevé en défense est inopérant ;

- il est même totalement fantaisiste : il est évident que la Province n'allait pas liquider des subventions et d'autres aides avant le résultat de l'appel d'offres puisqu'il lui suffisait d'assurer son concours, puis de verser les sommes après l'appel d'offres ;

- pour être régulière, la soumission d'une personne publique ne doit pas tirer quelque avantage que ce soit de son statut ni des ressources qui y sont attachées ;

- une personne publique ne peut soumissionner, directement ou par une entité qui en dépend, que si elle se place volontairement dans des conditions normales de concurrence, notamment en ce qui concerne les aspects financiers (ressources) et si elle intervient dans son champ de compétences ;

- au cas d'espèce, la Province ne conteste pas avoir, dans le cadre d'une candidature à un marché public par la filiale à 100 % de sa SEM déployé des subventions et aides publiques massives ayant nécessairement eu une incidence sur la formation du prix et sur l'acquisition des équipements exigés pour le marché ;

- les personnes publiques doivent nécessairement se placer dans une situation ne faussant pas le libre jeu de la concurrence ;

- ce sont les modalités du comportement de l'administration qui sont sanctionnées ;

- Air Loyauté a pris dans son offre des engagements disproportionnés par rapport à ses moyens techniques et financiers et rendus uniquement possibles par son statut d'entreprise à financements publics ;

- les aides litigieuses ont placé Air Loyauté dans une situation d'abus de position dominante en ce qu'elles ont permis à cette dernière d'acquérir des équipements aux fins d'exécuter un marché public sans toutefois assumer la charge financière d'une telle opération ;
- l'effet anticoncurrentiel de cette situation est caractérisé ;
- la jurisprudence Transiles correspond au cas d'espèce ;
- les augmentations de capital et les apports en compte courant d'associés sont les deux seuls types de concours financiers autorisés ;
- la Province a accordé des aides sous forme de subventions à la SODIL en vue d'en faire bénéficier Air Loyauté en ne respectant pas les conditions fixées par la loi ;
- une nouvelle subvention a été octroyée en novembre 2011 par voie de simple convention et sans qu'une délibération n'intervienne ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu la délibération n° 143/CP du 26 mars 2004 relative à l'exercice des compétences de la Nouvelle-Calédonie en matière d'aviation civile et de desserte aérienne ;

Vu la délibération de l'assemblée de province des îles Loyauté n° 92-23/API du 09 avril 1992 donnant mandat à la SODIL dans le domaine du tourisme, des transports et de la desserte aérienne et maritime des îles Loyauté ;

Vu la délibération n° 2003-01 du 7 mars 2003 de l'assemblée de la province des îles Loyauté ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code du développement économique de la province des îles Loyauté ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 11 septembre 2014 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;

- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;

- et les observations de Me Ranson, avocat de la société Air Alizé, et de Mlle Patche, représentant la province des îles Loyauté ;

1. Considérant que la société Air Alizé demande au tribunal d'annuler la décision de la Province des Iles Loyauté refusant de l'indemniser et de condamner ladite Province à la dédommager du préjudice subi du fait de l'attribution à Air Loyauté d'un marché public passé le 31 mars 2011 par le centre hospitalier territorial et ayant pour objet d'assurer les prestations sanitaires par avion pour les besoins du Samu ; que, selon la requérante, qui était titulaire du marché précédent et s'était portée candidate sans que son offre soit retenue et a donc la qualité de concurrente évincée, la signature de ce marché n'a été rendue possible que grâce aux subventions accordées par la Province à sa concurrente Air Loyauté par le biais de la société d'économie mixte de développement et d'investissement des îles (Sodil) intervenue en sa qualité de mandataire de la Province des îles, en vertu de la délibération n° 92-23/API modifiée du 9 avril 1992 lui donnant mandat dans le domaine du tourisme et des transports ;

2. Considérant que la société Air Alizé soutient, à cet égard, que l'assemblée de la province des Iles Loyauté a attribué à la Sodil des subventions d'un montant de 170 000 000 francs et 90 000 000 francs ainsi que des sommes correspondant à l'abandon du compte-courant d'associé de 300 000 000 francs CFP décidé en décembre 2010 ; que les aides litigieuses auraient placé la société Air Loyauté en situation d'abus de position dominante en ce qu'elles auraient permis à cette dernière d'acquérir un avion et des équipements aux fins d'exécuter un marché public sans toutefois assumer la charge financière d'une telle opération et auraient ainsi porté une atteinte à la libre concurrence ;

3. Considérant toutefois que la société Air Alizé n'établit pas l'existence d'un lien de causalité, qui soit direct et certain, entre la décision du centre hospitalier territorial de ne pas retenir l'offre qu'elle a présentée en vue d'exécuter des prestations de transport sanitaire par avion Samu et les aides en cause, qui ont été accordées à la Sodil ;

4. Considérant que la société Air Alizé soutient aussi qu'elle avait des chances très sérieuses d'obtenir le marché puisqu'en l'absence du soutien fautif de la Province Air Loyauté n'aurait pas présenté l'offre la moins disante, ni la mieux disante et elle aurait obtenu le marché ; que, toutefois, le préjudice de 250 000 000 francs CFP qu'invoque la requérante, lié aux gains que lui aurait procuré l'attribution du marché, dans les conditions qui viennent d'être exposées, ne présente aucun caractère certain ;

5. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Air Alizé n'établit pas que les aides litigieuses octroyées seraient à l'origine directe et certaine d'un préjudice dont elle serait fondée à demander réparation à la province des îles Loyauté ; qu'il s'ensuit que la requête doit être rejetée en toutes ses conclusions, y compris celles tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D É C I D E :

Article 1^{er} : La requête de société Air Alizé est rejetée.