

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1800312

SARL EPUREAU

**M. Gueguein
Rapporteur**

**M. Schnoering
Rapporteur public**

**Audience du 19 février 2019
Lecture du 14 mars 2019**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie**

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 17 septembre 2018, la société Epureau, représentée par la SELARL Benech-Plaisant, demande au tribunal :

1°) de condamner la commune de Dumbéa à lui verser la somme de 64 625 185 francs CFP au titre de la perte de chance de réaliser la marge nette correspondant à l'exécution de la délégation de service public dont elle a été irrégulièrement évincée ;

2°) de mettre la somme de 350 000 francs CFP à la charge de la commune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Epureau soutient que :

- son recours est recevable ;
- le montant de son préjudice a évolué depuis la dernière action car lors de la procédure de réattribution de la délégation, la commune a annoncé que la station de traitement des eaux de Koutio allait être fermée, ce qui a sensiblement modifié le volume d'eau à traiter au titre de la convention dont elle a été irrégulièrement évincée et par conséquent la marge devant être réalisée ; en 2016, elle avait évalué son préjudice à la somme de 29 845 982 francs CFP alors que dans la configuration actuelle, son manque à gagner est de 56 491 398 francs CFP ;
- les premières conclusions indemnitaires étaient fondées sur les irrégularités de la procédure d'attribution et ont été rejetées par le tribunal ; les présentes conclusions sont fondées sur une cause juridique différente tenant à la nullité du contrat du 26 juin 2015 et à l'indemnisation du fait de l'éviction irrégulière ;
- elle a été irrégulièrement évincée de la première procédure d'attribution ; les atteintes au principe de confidentialité des offres ont eu pour effet de favoriser indument la société Calédonienne des Eaux (CDE) ; il a été retenu par le tribunal que sans les fuites d'information

sur son offre, la société CDE n'aurait pas pu remettre une offre moins disante et elle aurait emporté le marché puisque son offre initiale avait reçu la meilleure note technique et financière ; elle est donc fondée à demander l'indemnisation du manque à gagner subi ;

- le manque à gagner a été initialement calculé à partir des résultats des comptes d'exploitation prévisionnelle (CEP) sur la durée du contrat ; le résultat issu des chiffres disponibles lors de la première procédure d'appel d'offres s'élevait à 26 125 982 F CFP, auquel il convenait d'ajouter la part allouée aux frais de structures (3 720 000 F CFP) ; le manque à gagner total, sur la durée du contrat (9 ans) peut donc être évalué à la somme de 29 845 982 F CFP, soit 2,67 % du montant du contrat ;

- elle a appris en janvier 2017 que la STEP de Koutio avait été progressivement mise à l'arrêt entre mai et juillet 2016 ; la STEP 2 dont elle aurait dû assurer l'exploitation a donc pris le relais dès mai 2016 ; la phase 1 de mise en service a permis à cette STEP d'avoir une capacité de 24 000 habitants ; la phase 2, prévue en 2019, permettra de doubler cette capacité ; compte tenu des termes du contrat de délégation qu'elle aurait dû se voir attribuer, elle aurait également dû assurer cette opération, ce qui aurait eu un impact significatif sur le volume d'eau, le chiffre d'affaires et donc la marge nette effectivement réalisée ; compte tenu de ces faits, elle a droit à l'indemnisation de la totalité du préjudice subi, soit la somme, recalculée, de 52 924 732 francs CFP ; il y a également lieu d'ajouter la somme de 3 566 667 francs CFP correspondant aux frais de structures contribuant aux coûts fixes, soit un préjudice total de 56 491 398 francs CFP ;

- elle peut également prétendre à l'indemnisation des dommages dus à l'investissement réalisé par la société Epureau, lequel est calculé sur la base du temps passé par chacun des ingénieurs assignés à l'appel d'offres de la commune de Dumbéa ; cinq ingénieurs différents ont été assignés à cette mission, sur huit mois travaillés ; compte tenu du voyage en Europe effectué (467 000 F CFP), l'investissement s'élève à 8 133 786 F CFP ; les modalités de calcul sont explicités en pièce jointe ; son préjudice total est donc de 64 625 185 F CFP.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 30 décembre 2018 et le 4 janvier 2019, la commune de Dumbéa, représentée par la SELARL JurisCal, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 350 000 F CFP soit mise à la charge de la société Epureau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La commune de Dumbéa soutient que :

- la décision implicite de rejet du 17 juillet 2018 est une décision confirmative de la décision venue rejeter la réclamation préalable du 26 octobre 2016 ; par ces deux demandes, la société Epureau demande l'indemnisation du manque à gagner subi du fait de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution de la délégation de service public attribuée à la société CDE le 26 juin 2015 ; ces deux demandes indemnitaires ont donc le même objet même si leur montant est différent ; la société Epureau feint d'avoir ignoré que la STEP de Koutio allait fermer ; il n'y a aucune circonstance nouvelle depuis le rejet implicite de la première demande indemnitaire ;

- les frais de présentation de l'offre ne peuvent être présentés à part dès lors qu'ils ont été intégrés dans les charges et donc dans le calcul du manque à gagner ;

- le recours est infondé ; cette société n'avait aucune chance sérieuse de se voir attribuer le contrat dès lors que son offre était irrégulière ; le tribunal a omis d'examiner que l'offre de la société Epureau aurait été rejetée comme irrégulière sans report de la séance de la CAO du 11 mars 2015 dès lors qu'elle ne bénéficiait plus d'un engagement « ferme et définitif » de la société La Nantaise des Eaux pour l'accompagner ; dans la seconde procédure, la société CDE a remporté le marché en obtenant des notes bien supérieures à celles de la société Epureau ;

- la société Epureau ne justifie pas réellement du bénéfice net qu'elle aurait réalisé ; aucun document comptable n'est produit ; elle ne justifie pas non plus des frais d'investissement prétendument engagés ;

- l'arrêt de la STEP de Koutio n'a eu aucun impact sur le volume d'eau à traiter.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;
- le code des relations entre le public et l'administration, dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code des communes de Nouvelle-Calédonie ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Gueguein, rapporteur,
- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public,
- et les observations de Me Loste, avocat de la commune de Dumbéa.

Une note en délibéré présentée par Me Plaisant avocat de la société Epureau a été enregistrée le 19 février 2019.

Une note en délibéré présentée par la SELARL Juriscal avocat de la commune de Dumbéa a été enregistrée le 7 mars 2019.

Considérant ce qui suit :

1. La société Epureau demande au tribunal de condamner la commune de Dumbéa à lui verser la somme de 64 625 185 francs CFP au titre de la perte de chance de réaliser la marge nette correspondant à l'exécution de la délégation de service public dont elle a été irrégulièrement évincée lors de l'attribution de cette convention à la société CDE le 26 juin 2015.

Sur la fin de non-recevoir :

2. La commune de Dumbéa soutient que la décision de rejet implicite opposée à la réclamation préalable de la société Epureau en date du 14 mai 2018, reçue le 17 mai suivant, ne permet pas à cette société de présenter la présente action dès lors qu'il s'agit d'une simple décision confirmative de la décision implicite ayant rejeté la réclamation préalable reçue par la commune le 26 octobre 2016.

3. Selon les dispositions des articles L. 562-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration, les dispositions des articles L. 111-2 et suivants et R. 112-5 du même code sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie aux communes et à leurs établissements publics. En l'absence de justification de l'envoi d'un accusé-réception indiquant la date de réception de la demande et la date à laquelle, à défaut d'une décision expresse, celle-ci sera réputée acceptée ou rejetée ainsi que la mention des délais et voies de recours à l'encontre d'une éventuelle décision implicite, la commune n'est pas fondée à soutenir que la décision

implicite rejetant la réclamation préalable de la société Epureau reçue le 26 octobre 2016 serait devenue définitive. Dans ces conditions, la société Epureau pouvait introduire la présente action en se prévalant de l'une des deux réclamations préalables auxquelles elle a régulièrement procédé. La fin de non-recevoir doit donc être écartée.

Sur le fond :

4. Par un jugement, devenu définitif, en date du 3 novembre 2016 le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie a annulé la convention de délégation de service public conclue entre la commune de Dumbéa et la société CDE au motif de la méconnaissances des principes d'égalité de traitement et de confidentialité des offres par la commune de Dumbéa.

5. Il résulte de l'instruction que pour procéder à l'attribution de la délégation de service public en litige, la commune de Dumbéa avait mis en place une procédure négociée et qu'après ouverture des candidatures, seules deux sociétés, dont la société Epureau, avaient été retenues pour entamer les négociations. Suite à ces négociations, les deux entreprises ont déposé leur offre finale dans les délais prévus et le rapport d'analyse des offres établi par les services techniques de la commune pour préparer les travaux de la commission d'appel d'offres du 11 mars 2015 proposait de retenir l'offre de la société Epureau notamment en raison du tarif P_0 de 44 F CFP/m³ proposé contre 49,70 F CFP/m³ pour la société Calédonienne des Eaux.

6. Lors de sa séance du 11 mars 2015, la commission d'appel d'offres a refusé de procéder à l'attribution de la convention et a décidé d'ouvrir un nouveau délai de 15 jours aux candidats pour déposer une offre ferme et définitive. Par un courrier du 11 mars 2015, le maire de la commune a informé les deux candidats qu'une « *information de dernière minute, reçue par la ville de Dumbéa le 9 mars 2015, semble remettre en cause, de manière substantielle, l'offre d'un des candidats retenus ... tant en terme économique que technique* » et qu'une offre ferme et définitive devrait être remise « *dans les mêmes formes et conditions* » avant le 30 mars suivant.

7. La commune de Dumbéa soutient, raisonnement écarté par le jugement du 3 novembre 2016 du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, que la société Epureau n'aurait pu se voir attribuer le marché du fait du caractère irrégulier de son offre dès lors que par un courrier en date du 6 mars 2015, reçu par la commune le 17 mars suivant, le président de la société Nantaise des Eaux signale au maire de la commune de Dumbéa qu'il a « *eu écho que l'entreprise Epureau ... se prévaudrait* » d'une prestation de sa société mais qu'à sa connaissance aucun accord ne permettait à cette entreprise de s'appuyer sur leurs références ou leur assistance technique.

8. Toutefois, la commune ne justifie toujours pas de la régularité du refus d'attribuer le contrat à la société Epureau le 11 mars 2015 sur la foi d'un courrier qu'elle a reçu, selon les cachets apposés, le 17 mars suivant. Elle n'est donc pas fondée à soutenir que l'offre de la société Epureau aurait dû être rejetée pour défaut de conformité.

9. De plus, il demeure que la société Epureau, à qui ce courrier n'a jamais été communiqué ou mentionné, a d'elle-même décidé de modifier son offre en raison de l'annonce publique de l'acquisition de la société la Nantaise des Eaux par le groupe Suez, dont la société Calédonienne des Eaux est également une filiale. Elle a remis une offre conforme au cahier des charges en s'adjoignant les services d'un autre prestataire et cette offre a été regardée comme régulière par la commune qui l'a classée en seconde position derrière l'offre de la société

Calédonienne des Eaux, laquelle avait présenté une nouvelle offre modifiée sur un seul point, le tarif du mètre cube d'eau traité, lequel est passé de 49,70 francs CFP/m³ à 43,50 francs CFP/m³, soit une diminution de 12 % sans qu'elle ait pu justifier des motifs de cette diminution et des modalités de calcul ayant conduit à établir une offre tarifaire légèrement inférieure à celle issue de l'offre de la société Epureau déposée en novembre 2014, soit 44 francs CFP/m³.

10. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la société Epureau avait une chance sérieuse de remporter le marché non seulement lors de l'examen des offres qui s'est déroulé en mars 2015 mais également à l'occasion du classement final des offres dès lors que l'offre de la société CDE n'est devenue mieux disante qu'à la suite d'une méconnaissance du principe d'égalité de traitement et de confidentialité des offres par la commune de Dumbéa.

Sur l'indemnisation des frais de présentation de l'offre :

11. La commune est fondée à soutenir que si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché et a donc droit à être indemnisée de son manque à gagner, cette indemnisation comprend 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 stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation distincte.

12. Les conclusions de la société Epureau tendant à ce que la commune lui verse la somme de 8 133 786 francs CFP au titre des frais engagés pour la constitution du dossier doivent être rejetées.

Sur le manque à gagner :

13. La société Epureau soutient qu'elle a estimé son manque à gagner à la somme de 29 845 982 francs CFP en 2016 mais que compte tenu de la fermeture de la STEP de Koutio en 2017, les volumes d'eau traités par la STEP Dumbéa 2 auraient été beaucoup plus importants que ceux initialement prévus, et donc son chiffre d'affaires et la marge qu'elle aurait retirée de l'exécution de la convention pendant neuf années en auraient nécessairement été substantiellement modifiés.

14. La commune ne soutient pas que la fermeture de la STEP de Koutio dès le mois de juin 2016 n'était pas prévue et qu'en conséquence la société Epureau aurait pu exploiter la STEP Dumbéa 2 dans ces conditions si la convention lui avait été attribuée. Il y a donc lieu de tenir compte de cette évolution pour calculer le manque à gagner subi. Elle soutient en revanche que cette fermeture n'aurait pas eu pour effet de modifier significativement le volume de chiffre d'affaires et justifie de ce que les projections d'exploitation de la STEP présents dans les documents de la consultation initiale prévoyaient des volumes de traitement équivalents que la STEP de Koutio soit fermée ou non. Toutefois la commune ne peut sérieusement contester que cette fermeture n'était pas mentionnée dans les documents de la consultation et qu'elle aurait nécessairement eu un impact sur le volume de chiffre d'affaires et donc sur la marge nette qu'aurait réalisée la société Epureau.

15. En revanche, la commune est fondée à soutenir que la société Epureau n'apporte que peu de justifications sur le chiffrage de son préjudice compte tenu de ce nouvel état de fait. Eu égard au tableau prévisionnel de financement établi à l'occasion du dépôt des offres, il y a lieu d'estimer le manque à gagner subi par la société Epureau sur les neuf années d'exploitation

de la délégation de service public à la somme de trente-cinq millions de francs CFP (35 000 000).

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

16. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

17. Ces dispositions font obstacle aux conclusions dirigées contre la société Epureau qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. La commune de Dumbéa versera la somme de 150 000 francs CFP à la société Epureau au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La commune de Dumbéa versera la somme de trente-cinq millions de francs CFP (35 000 000) à la société Epureau au titre du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution de la délégation de service public d'exploitation de la STEP Dumbéa 2.

Article 2 : La commune de Dumbéa versera la somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) à la société Epureau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions est rejeté.