

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N° 1603182

Société X

Mme Marginean-Faure
Juge des référés

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Audience du 17 mai 2016
Ordonnance du 19 mai 2016

Le juge des référés,

39-08-015-01
80-01-01
C+/BJ

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 27 avril 2016 et des mémoires enregistrés les 3 et 16 mai 2016, la société X, représentée par Me D, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure du marché ayant pour objet la « conception, impression et livraison de dictionnaires destinés aux collégiens pour les rentrées scolaires 2016-2017 et 2017-2018 » lancée par le département de la Loire ;

2°) d'enjoindre au département de la Loire de reprendre la procédure de passation du marché public susvisé au stade de l'analyse des offres ;

3°) de condamner le département de la Loire à lui verser la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient, dans le dernier état de ses écritures, que :

- elle a été classée deuxième dans la procédure ; elle a donc un intérêt lésé ;
- le département de la Loire ne pouvait pas attribuer le marché à la société Y ;
- selon la loi dite Lang n° 81-766 du 10 août 1981 relative aux prix du livre, la remise consentie pour l'achat de livre par une collectivité ne peut être supérieure à 9 % ; ce principe ne prévoit qu'une exception à savoir pour les livres scolaires ; les dictionnaires ne répondent pas à la définition du livre scolaire ; il apparaît que l'attributaire a proposé un prix, remise faite de 9 %, de 3,86 euros hors taxes par exemplaire ; ce qui correspond à un prix public de 4,47 euros ; or un dictionnaire à ce prix n'existe pas sauf à méconnaître les spécificités de l'ouvrage demandé par le département du Rhône ; ainsi l'attributaire a proposé une remise de plus de 50 % par rapport au prix public, en méconnaissance des dispositions de la loi du 10 août 1981 ;

- l'offre de l'attributaire présente un caractère anormalement bas ; il existe une différence de prix entre les offres de près de 50 % ; ce seul écart de prix particulièrement significatif aurait dû alerter le pouvoir adjudicateur ; d'autant que son prix se situe dans le cadre du prix d'achat moyen d'un dictionnaire de poche ; les ouvrages ressortant de la liste du logiciel Electre et avoisinants le prix proposé par l'attributaire ne correspondent pas aux exigences formulées par le pouvoir

adjudicateur dans le cadre de la consultation ; en s'abstenant de procéder aux vérifications obligatoires requises par l'article 55 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur qui a vicié la procédure ;

- le marché qui a pour objet de fournir des dictionnaires aux collégiens du département de la Loire est en conséquence un marché de fournitures ; la qualification de marché de service ne ressort d'aucune mention des documents de la consultation hormis celle de la page de garde ; le taux de TVA de 5,5 % appliqué est le taux légal applicable à la vente de livres ; le code utilisé est celui de l'impression et non celui de la conception ;

- la société Y a acquis le contenu d'un dictionnaire, et a ainsi fourni un dictionnaire d'éditeur soumis à l'application de la loi Lang ; sa position est partagée par les autres pouvoirs adjudicateurs.

Par mémoires enregistrés les 12 mai et 17 mai 2016, la société Y, représentée par Me L, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société X à lui verser la somme de 1 800 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la loi du 10 août 1981 ne s'applique qu'aux seuls livres destinés à la vente au public, ce qui n'est évidemment pas le cas des dictionnaires relevant du marché attaqué ; le présent marché n'est pas un simple marché de fournitures de livres mais un marché comprenant une part essentielle de prestations intellectuelles destinées à remettre au pouvoir adjudicateur non pas un dictionnaire tel que le public peut l'acquérir en librairie mais un dictionnaire personnalisé qui est en fait un ouvrage unique et qui n'est en aucun cas destiné à la vente au public ; ainsi le prestataire retenu dans le cadre de ce marché n'a ni la qualité d'éditeur, ni celle de détaillant au sens de l'article 1^{er} de la loi précitée ; la mission qui lui est impartie ne consiste pas à livrer un dictionnaire vendu par ailleurs au grand public mais à concevoir un ouvrage ad hoc répondant aux besoins précis et exprimés par le département de la Loire ;

- la société requérante n'apporte en réalité aucune démonstration pertinente de nature à établir le caractère anormalement bas du prix qu'elle a proposé ; l'écart de prix entre les deux offres ne s'explique que par son erreur d'appréciation quant au champ d'application de la loi relative au prix du livre qui a conduit la société X à formuler une offre financière sans rapport avec les prix pratiqués dans le secteur des dictionnaires personnalisés offerts par les départements aux collégiens ;

- le moyen tiré de ce que le marché en cause relèverait de la catégorie des marchés publics de fourniture est inopérant ;

- la personnalisation de l'ouvrage est l'élément essentiel d'appréciation de l'offre par le pouvoir adjudicateur ; cette circonstance démontre que le produit fini est un ouvrage ad hoc nullement destiné à la vente du public, et qui se situe dès lors en dehors des dispositions de la loi Lang relatives à la fixation d'un prix public réglementé ;

- elle négocie depuis plus de quinze ans avec la maison d'édition Hachette la cession de ses droits de propriété intellectuelle sur le fond du dictionnaire de poche.

Par un mémoire enregistré le 13 mai 2016, le département de la Loire, représenté par Me S, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société X à lui verser la somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- il attendait des candidats une prestation de services et non la fourniture de 10 500 exemplaires d'un dictionnaire ;

- afin d'estimer de manière objective le montant du marché, le département s'est référé aux précédents marchés, s'agissant de prestations exactement similaires de conception d'ouvrages

personnalisés ;

- il existe en droit deux types d'intervenants concourant à la création d'un ouvrage : l'éditeur et l'imprimeur ; la loi du 10 août 1981 doit être écartée pour une prestation de services de conception et d'impression qui ne relève pas de l'édition.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre ;
- le code de l'éducation
- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Marginean-Faure, vice-présidente, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties de l'audience publique du 17 mai 2016, au cours de laquelle, après rapport de l'affaire, ont été entendus :

- Me D pour la société X,
- Me Ferrand pour le département de la Loire,
- Me L pour la société Y.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public./ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *I.-Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.* ». Selon l'article L. 551-10 du même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)* ». En vertu des dispositions précitées, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

L'exposé du litige

2. Par un avis d'appel à concurrence adressé pour publication le 23 février 2016 à la fois sur son profil d'acheteur et sur le site du Moniteur, le département de la Loire a lancé une procédure de mise en concurrence relative à un marché portant sur la « conception, impression et livraison de dictionnaires destinés aux collégiens pour les rentrées scolaires 2016-2017 et 2017-2018 » selon une procédure adaptée. La société X, classée seconde demande l'annulation de cette procédure. Elle soutient que l'offre de la société Y publique méconnaît la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre et que le pouvoir adjudicateur devait la rejeter comme inacceptable. En défense, il est soutenu que ledit marché dont l'objet principal est une prestation de conception d'un ouvrage ad hoc n'entre pas dans le champ d'application de cette loi.

Le cadre juridique

3. Aux termes de l'article 1 de la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre : « *Toute personne physique ou morale qui édite ou importe des livres est tenue de fixer, pour les livres qu'elle édite ou importe, un prix de vente au public.* ».

Ce prix est porté à la connaissance du public. Un décret précisera, notamment, les conditions dans lesquelles il sera indiqué sur le livre et déterminera également les obligations de l'éditeur ou de l'importateur en ce qui concerne les mentions permettant l'identification du livre et le calcul des délais prévus par la présente loi.

Tout détaillant doit offrir le service gratuit de commande à l'unité. Toutefois, et dans ce seul cas, le détaillant peut ajouter au prix effectif de vente au public qu'il pratique les frais ou rémunérations correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles expressément réclamées par l'acheteur et dont le coût a fait l'objet d'un accord préalable.

Les détaillants doivent pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 % et 100 % du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur. Lorsque le livre est expédié à l'acheteur et n'est pas retiré dans un commerce de vente au détail de livres, le prix de vente est celui fixé par l'éditeur ou l'importateur. Le détaillant peut pratiquer une décote à hauteur de 5 % de ce prix sur le tarif du service de livraison qu'il établit, sans pouvoir offrir ce service à titre gratuit.

Dans le cas où l'importation concerne des livres édités en France, le prix de vente au public fixé par l'importateur est au moins égal à celui qui a été fixé par l'éditeur.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables aux livres importés en provenance d'un Etat membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, sauf si des éléments objectifs, notamment l'absence de commercialisation effective dans cet Etat, établissent que l'opération a eu pour objet de soustraire la vente au public aux dispositions du quatrième alinéa du présent article.

4. Aux termes de l'article 3 de ladite loi : « *Par dérogation aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 1er et sous réserve des dispositions du dernier alinéa, le prix effectif de vente des livres peut être compris entre 91 % et 100 % du prix de vente au public lorsque l'achat est réalisé : Pour leurs besoins propres, excluant la revente, par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs ou les comités d'entreprise. Le prix effectif de vente des livres scolaires peut être fixé librement dès lors que l'achat est effectué par une association facilitant l'acquisition de livres*

scolaires par ses membres ou, pour leurs besoins propres, excluant la revente, par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement d'enseignement. ».

5. Aux termes de l'article D. 314-128 du code de l'éducation : *« Sont considérés comme livres scolaires, au sens du quatrième alinéa de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 sur le livre, les manuels et leur mode d'emploi, ainsi que les cahiers d'exercices et de travaux pratiques qui les complètent ou les ensembles de fiches qui s'y substituent, régulièrement utilisés dans le cadre de l'enseignement primaire, secondaire et préparatoire aux grandes écoles ainsi que les formations au brevet de technicien supérieur, et conçus pour répondre à un programme préalablement défini ou agréé par les ministres intéressés. La classe ou le niveau d'enseignement doit être imprimé sur la couverture ou la page de titre de l'ouvrage »*

6. Il résulte des dispositions précitées que le régime des prix applicable à la vente de livres aux collectivités est également encadré par la loi du 10 août 1981. Le prix effectif de vente des livres peut être compris entre 91 et 100 % du prix de vente au public lorsque l'achat est réalisé pour leurs besoins propres, excluant la revente, par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs ou les comités d'entreprise. Le prix effectif de vente ne peut être fixé librement que lorsqu'il concerne des livres scolaires dont l'achat est effectué par une association (...), par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement d'enseignement. Les ouvrages utilisés dans un contexte d'enseignement scolaire, ne peuvent être qualifiés de livres scolaires que dès lors qu'ils constituent des manuels, des cahiers ou des fiches d'exercices ou de travaux pratiques complétant les manuels.

L'analyse

7. L'article 1 de l'acte d'engagement valant CCAP et CCTP selon l'article 4.6 du règlement de la consultation, indique que le marché a pour objet la conception des pages personnalisées (couverture et livret de 8 pages), l'impression et la livraison de dictionnaires destinés aux nouveaux collégiens pour les rentrées scolaires 2016-2017 et 2017-2018. L'article 3 de l'acte d'engagement précise en ce qui concerne la description générale de la prestation : *« -Définition du concept et de la maquette, infographie, personnalisation des 1^{ère} et dernière page de couverture , ainsi que de la tranche , mise en page et illustration des 8 pages intérieures personnalisées , intégration des 8 pages personnalisées dans les dictionnaires destinés aux élèves de 6^{ème} des collèges publics et privés de la Loire, photogravure quadrichromie des pages personnalisées, impression, façonnage , emballage et livraison . »*. Selon l'article 7-2 du règlement de consultation les critères retenus pour le jugement des offres sont les suivants : *« 1- le prix noté sur 20 points, pondéré à 40 %, 2- la valeur technique notée sur 20 points, pondérée à 30 %, 3- la valeur créative notée sur 20 points, pondérée à 30 %, au regard des propositions du candidat pour les pages intérieures et la couverture , notamment mise en valeur du département de la Loire . »*.

8. Le marché en litige porte sur la vente de dictionnaires « personnalisés » au département de la Loire pour ses besoins propres. Un dictionnaire ne constitue pas un manuel, un cahier d'exercices ou de travaux pratiques complétant les manuels. Il ne peut donc être regardé comme un livre scolaire au sens des dispositions précitées du code de l'éducation. Les dictionnaires en cause sont certes personnalisés mais cette seule circonstance qu'ils comportent une première et une dernière page de couverture modifiée par rapport à la version publique du dictionnaire et 8 pages supplémentaires personnalisées ne suffit pas à les exclure du champ d'application de la loi relative au prix du livre. Il s'ensuit que dans le cadre du marché contesté, le prix du dictionnaire, qui ne constitue pas un livre scolaire, au sens des dispositions du code de l'éducation précitées est soumis aux dispositions précitées de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 qui fixent à 9 % du prix de vente au public, le plafond légal du taux de remise pouvant être pratiqué.

9. Aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : « *Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue* ». Aux termes du 1° du I de l'article 35 du même code : « (...) *une offre est inacceptable si les conditions prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer.* ».

10. Il résulte de l'instruction que la société Y a proposé une offre d'un montant de 3,80 euros hors taxes par exemplaire de dictionnaire. La société X soutient, sans être contestée sur ce point, que le prix unitaire de vente au public du dictionnaire proposé par l'attributaire se situe entre 7,80 et 8 euros. Ainsi, le prix de l'offre présentée par l'attributaire du marché litigieux correspond à une remise d'environ 50 % sur le prix de vente au public. Dès lors que cette offre n'était pas conforme à l'article 3 de la loi susvisée du 10 août 1981, elle devait être écartée comme inacceptable par le pouvoir adjudicateur. Dans ces conditions, ce manquement dont la société X se prévaut est susceptible de l'avoir lésée. Par suite, la société X est fondée à soutenir que ce manquement a affecté les conditions de mise en concurrence et à demander, en conséquence, l'annulation, à compter de l'analyse des offres, de la procédure mise en œuvre par le département de la Loire en vue de l'attribution du marché en litige.

11. Aux termes de l'article L. 761-1 du même code : « *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* ».

12. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions du département de la Loire et de la société Y dirigées contre la société X qui n'est pas, dans la présente instance de référé, la partie perdante. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du département de la Loire, la somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par la société X et non compris dans les dépens.

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure d'attribution du marché lancée par le département de la Loire est annulée à compter de la phase d'analyse des offres.

Article 2 : Il est enjoint au département de la Loire, s'il entend conclure un marché du même objet, de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article 3 : Le département de la Loire versera à la société X, la somme de 1 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions du département de la Loire et de la société Y tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société X, à la société Y et au département de la Loire.

Fait à Lyon, le 19 mai 2016.

Le juge des référés,

Le greffier,

D. Marginéan-Faure

K. Schult

La République mande et ordonne au préfet de la Loire en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition,
Un greffier,