



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

*Liberté
Égalité
Fraternité*

CAA de NANTES, 4ème chambre, 01/12/2023, 22NT02445, Inédit au recueil Lebon

CAA de NANTES - 4ème chambre

Lecture du vendredi 01 décembre 2023

N° 22NT02445
Inédit au recueil Lebon

Président
M. LAINÉ

Rapporteur public
Mme ROSEMBERG

Rapporteur
Mme Laure CHOLLET

Avocat(s)
SELARL JURIADIS

Texte intégral

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Vert Marine a demandé au tribunal administratif de Caen, à titre principal, de condamner la communauté de communes Cœur de Nacre à lui verser une somme de 300 000 euros, à titre subsidiaire, de condamner la communauté de communes Cœur de Nacre à lui verser une somme de 10 000 euros, ces sommes devant être assorties des intérêts moratoires et de la capitalisation des intérêts, en réparation du préjudice résultant de son éviction irrégulière de la délégation de service public conclue pour la gestion et l'animation d'un centre aquatique.

Par un jugement n° 2100029 du 9 juin 2022, le tribunal administratif de Caen a rejeté cette demande.
Procédure devant la cour :

Par une requête et deux mémoires, enregistrés le 26 juillet 2022, le 27 mars 2023 et le 28 avril 2023, la société Vert Marine, représentée par la SELARL Audicit, demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement n° 2100029 du 9 juin 2022 du tribunal administratif de Caen ;

2°) à titre principal, de condamner la communauté de communes Cœur de Nacre à lui verser une somme de 300 000 euros, à titre subsidiaire, de condamner la communauté de communes Cœur de Nacre à lui verser une somme de 10 000 euros, ces sommes devant être assorties des intérêts moratoires et de la capitalisation des intérêts ;

3°) de mettre à la charge de la communauté de communes Cœur de Nacre une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la communauté de communes Cœur de Nacre était tenue d'écarter l'offre d'un candidat qui ne respecte pas les règles du droit du travail, à savoir la convention collective applicable, indépendamment des conséquences de cette méconnaissance sur les caractéristiques de l'offre ; cette obligation ne dépend pas du point de savoir si le règlement de la consultation avait exigé ou non la mise en œuvre d'une convention collective particulière ; cette appréciation ne nécessite pas la saisine du juge judiciaire ; la communauté de communes a ainsi porté atteinte au principe d'égalité de traitement entre candidats ;
- seule la convention collective nationale du sport pouvait légalement être mise en œuvre à l'égard du personnel de l'équipement

affermé, objet du contrat ; en effet, le complexe aquatique en litige, indépendamment des activités récréatives et de loisirs, présente par nature une vocation sportive compte-tenu de ses équipements sportifs ; l'application de la convention collective nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels (dite convention collective ELAC) a des conséquences significatives sur l'offre présentée par les candidats et sur leur appréciation ; l'application de la convention collective nationale du sport est plus onéreuse et plus contraignante ;

- la collectivité s'est abstenue de demander aux candidats une régularisation de leur offre, a délibérément choisi de ne pas déclarer infructueuse la procédure et a décidé de conclure un contrat avec un attributaire ne respectant pas la convention collective applicable ; la collectivité est ainsi directement à l'origine du préjudice qu'elle a subi en ce que la société Vert Marine a été privée du contrat de manière irrégulière ;

- elle disposait d'une chance sérieuse de remporter le contrat car son offre a été classée en deuxième position ; elle justifie de son préjudice par la production du compte d'exploitation prévisionnel remis à l'appui de son offre.

Par trois mémoires en défense, enregistrés les 31 janvier, 11 avril et 12 mai 2023, la communauté de communes Cœur de Nacre, représentée par Me Gorand, demande à la cour :

1°) de rejeter la requête de la société Vert Marine ;

2°) de mettre à la charge de la société Vert Marine une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les moyens soulevés par la société Vert Marine ne sont pas fondés ;

- à titre subsidiaire, la requête de la société Vert Marine est irrecevable pour tardiveté ; ses conclusions indemnitaires se rattachent aux conséquences pécuniaires inséparables de la décision du 2 janvier 2017, reçue le 6 janvier 2017, rejetant son offre ; il appartenait à la société Vert Marine de contester cette décision dans le délai raisonnable d'un an fixé par la jurisprudence " Czabaj ".

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code général des collectivités territoriales ;

- le code du travail ;

- la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968 ;

- 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 Chollet,

- les conclusions de Mme Rosemberg, rapporteure publique ;

- et les observations de Me Philippon, représentant la société Vert Marine.

Une note en délibéré, présentée pour la société Vert Marine, a été enregistrée le 16 novembre 2023.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis publié le 23 avril 2016, la communauté de communes Cœur de Nacre a engagé une consultation en vue de l'attribution de la délégation de service public afférente à l'exploitation de son centre aquatique, dénommé " Aquanacre ", situé sur le territoire de la commune de Douvres-la-Délivrande. Quatre candidats, dont la société Action développement loisir Récréa et la société Vert Marine, ont été admis à présenter une offre. A l'issue de cette procédure, la société Action développement loisir a été déclarée attributaire par délibération du 8 décembre 2016 et le contrat a été signé le 23 décembre 2016. Par un jugement du 9 juin 2022, le tribunal administratif de Caen a rejeté la demande de la société Vert Marine tendant à la condamnation de la communauté de communes Cœur de Nacre à lui verser une somme de 300 000 euros en réparation du préjudice subi du fait de l'illégalité du contrat ainsi conclu dont elle a été évincée. La société Vert Marine relève appel de ce jugement.

Sur le bien-fondé du jugement attaqué :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Un concurrent évincé ne peut ainsi invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

3. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Il peut, s'il en est saisi, faire droit à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée à la demande de première instance par la communauté de communes Cœur de Nacre :

4. Aux termes du deuxième alinéa de l'article R. 421-1 du code de justice administrative " Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle. ". Il résulte de ces dispositions qu'en l'absence d'une décision de l'administration rejetant une demande formée devant elle par le requérant ou pour son compte, une requête tendant au paiement d'une somme d'argent est irrecevable mais qu'en revanche l'intervention de cette décision rend recevable un recours aux fins d'indemnisation, la victime étant alors recevable à demander au juge administratif, dans les deux mois suivant la notification de la décision ayant rejeté sa réclamation, la condamnation de l'administration à l'indemniser de tout dommage ayant résulté du fait générateur invoqué. Par suite, la décision de rejet de son offre prise par la communauté de communes le 2 janvier 2017 à l'encontre de la société Vert Marine, et reçue par celle-ci le 6 janvier 2017, n'a pu déclencher un quelconque délai de recours indemnitaire dès lors que son objet est limité à l'information d'un concurrent non retenu dans le cadre de la procédure de passation du contrat et ne saurait porter sur une demande d'indemnité qui n'avait pas encore été formulée.

5. Il résulte de l'instruction que c'est par une lettre du 15 septembre 2020, reçue le 16 par la communauté de communes Cœur de Nacre, que la société Vert Marine a présenté sa réclamation préalable aux fins d'indemnisation du préjudice résultant de son éviction irrégulière de l'attribution du contrat de délégation de service public du centre aquatique de Douvres-la-Délivrande. Le délai de recours de deux mois n'a donc pu commencer à courir qu'à compter de la réception par la société de la lettre du président de la communauté de communes du 6 novembre 2020 portant rejet de sa demande indemnitaire préalable. La demande de première instance, enregistrée le 6 janvier 2021 au greffe du tribunal administratif de Caen, n'était donc pas tardive.

En ce qui concerne la demande d'indemnisation :

6. Aux termes de l'article L. 2 du code de la commande publique : " (...) / Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières. ". Aux termes de l'article L. 3 du même code : " Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. (...) / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ".

7. Aux termes de l'article L. 2261-15 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige : " Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, (...) peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail (...) ".

8. En premier lieu, il résulte des dispositions du code du travail citées au point 7 que les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel rendues obligatoires par arrêté ministériel s'imposent aux candidats à l'octroi d'une délégation de service public lorsqu'ils entrent dans le champ d'application de cette convention. Par suite, une offre finale mentionnant une convention collective inapplicable ou méconnaissant la convention applicable ne saurait être retenue par l'autorité concédante et doit être écartée comme irrégulière par celle-ci, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette irrégularité peut constituer un avantage pour le candidat.

9. En deuxième lieu, aux termes de l'article L. 2261-2 du code du travail : " La convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur. / En cas de pluralité d'activités rendant incertaine l'application de ce critère pour le rattachement d'une entreprise à un champ conventionnel, les conventions collectives et les accords professionnels peuvent, par des clauses réciproques et de nature identique, prévoir les conditions dans lesquelles l'entreprise détermine les conventions et accords qui lui sont applicables ".

10. Par arrêté du ministre en charge du travail du 21 novembre 2006, la convention collective nationale du sport a été étendue et son champ d'application est ainsi défini par son article 1.1 dans sa version alors en vigueur : " La convention collective du sport règle, sur l'ensemble du territoire y compris les DOM, les relations entre les employeurs et les salariés des entreprises exerçant leur activité principale dans l'un des domaines suivants : / - organisation, gestion et encadrement d'activités sportives ; / - gestion d'installations et d'équipements sportifs. / (...) ". Le champ d'application de la convention collective nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels, étendue par un arrêté ministériel du 25 juillet 1994, est ainsi défini par son article 1er, dans sa rédaction applicable au litige : " La convention collective nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels règle, sur l'ensemble des départements français, y compris les DOM, les relations entre les employeurs et les salariés des entreprises de droit privé à but lucratif : / (...) - qui gèrent des installations et / ou exploitent à titre principal des activités à vocation récréative et / ou culturelle, dans un espace clos et aménagé avec des installations fixes et permanentes comportant des attractions de diverse nature (...). / Sont notamment, comprises dans le champ d'application, les activités suivantes (...) parc aquatique (...) / Sont exclues du champ d'application les entreprises de droit

privé, à but lucratif, répertoriées sous l'ancienne codification NAF 92.6 " gestion d'installations sportives " et " autres activités sportives ", remplacée par la codification suivante : 93. 11Z : " gestion d'installations sportives " (...) / gestion d'installations sportives à caractère récréatif et de loisir. / Et, plus précisément, les installations et les centres des activités suivantes : / les piscines (...)" .

11. L'activité confiée à la société Action développement loisir, attributaire du contrat, a pour objet la gestion et l'exploitation du complexe aquatique Aquanacre de la communauté de communes Cœur de Nacre, qui comprend notamment un bassin sportif de 25 mètres avec 5 couloirs d'une surface de 312,50 m2. Il résulte de l'instruction, notamment du contrat définitif signé le 23 décembre 2016, que ce complexe propose des séances d'aquagym, des activités natatoires pour adultes et enfants, de l'apprentissage au perfectionnement en cours individuels ou collectifs, ainsi que des activités enfants de type Bébé nageurs. Un tel équipement a donc principalement une vocation sportive alors même qu'il comporte accessoirement des espaces ludiques et de détente, de type toboggan, pentagliss, lagune de jeux, bassin de loisirs et bassin ludique. L'activité ainsi exploitée ne se confond pas avec celle des parcs aquatiques entrant dans le champ d'application de la convention collective nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels et relève dès lors de la convention nationale du sport.

12. Il est constant que la société Action développement loisir - Récréa a entendu faire application de la convention collective nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels aux salariés placés sous sa responsabilité et a ainsi méconnu la législation et la réglementation sociale en vigueur. Son offre était par suite irrégulière et aurait dû, pour ce motif, ne pas être retenue dès lors que les modalités d'exécution du marché méconnaissent les dispositions de la convention collective applicable. La société Vert Marine, dont il n'est pas allégué que son offre aurait été inappropriée, irrégulière ou inacceptable, est ainsi fondée à soutenir que la procédure de passation du contrat de délégation de service public est entachée d'irrégularité.

13. En troisième lieu, d'une part, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le 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.

14. Il résulte de l'instruction que la société Vert Marine a été admise à participer aux négociations, tout comme trois autres candidats, mais que ces derniers ont tous proposé l'application de la convention nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels, dite convention collective ELAC, au lieu de la convention collective nationale du sport. Son offre, dont il n'est pas établi qu'elle aurait été inappropriée, irrégulière ou inacceptable, était ainsi la seule régulière. Il ne résulte en outre d'aucune des pièces versées aux débats que la communauté de communes aurait été conduite à déclarer la procédure infructueuse ou sans suite si elle avait éliminé l'offre de la société Action développement loisirs - Récréa et des deux autres candidats comme irrégulière. En effet, aucun élément ne laissait supposer qu'elle aurait renoncé à signer le contrat pour un motif d'intérêt général tiré de l'insuffisance de concurrence, contrairement à ce qu'elle soutient. Dans ces conditions, l'irrégularité mentionnée ci-dessus a privé la société Vert Marine d'une chance sérieuse de remporter le contrat.

15. Pour justifier la réalité et le quantum de son manque à gagner, la société Vert Marine verse aux débats le compte prévisionnel d'exploitation des années 2017 à 2021, établi le 25 octobre 2016, qu'elle avait joint à son offre, ainsi qu'une attestation de son expert-comptable, datée du 6 mars 2021, indiquant que la demande de la société Vert Marine est fondée sur ce compte de résultat prévisionnel " obtenu à partir d'un chiffre d'affaires annuel qui permet de dégager pour chaque exercice un résultat prévisionnel du délégataire (...) compte tenu d'une structure de frais fixes prédéterminée et de frais variables liés à ce chiffre d'affaires. " et attestant que " les résultats bruts annuels ressortant de ce document (...) s'élève[nt] à 250 000 €... ". Toutefois, la communauté de communes Cœur de Nacre soutient, sans être sérieusement contredite, que le montant du résultat brut évalué dans le compte prévisionnel ne peut être retenu compte-tenu notamment de l'incertitude sur la fréquentation de la piscine du fait de la situation sanitaire des années 2020 et 2021. De plus, le manque à gagner indemnisable ne peut correspondre qu'à une marge nette prenant en compte les charges variables et une quote-part des charges fixes et ne saurait être constitué par un résultat brut théorique. Ainsi, à défaut de tout autre justificatif probant justifiant du manque à gagner de la société Vert Marine, le préjudice invoqué par celle-ci n'est établi ni dans son principe ni dans son étendue. De même, les frais exposés par elle pour présenter son offre sont sommairement mentionnés à hauteur de 10 000 euros, sans faire l'objet d'aucune précision ni de justification sur ce qu'ils sont susceptibles de recouvrer. Dans ces conditions, sa demande d'indemnisation doit être rejetée.

16. Il résulte de tout ce qui précède que la société Vert Marine n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Caen a rejeté sa demande.

Sur les frais liés au litige :

17. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société Vert Marine la somme demandée par la communauté de communes Cœur de Nacre. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la communauté de communes Cœur de Nacre la somme demandée par la société Vert Marine sur le fondement de ces dispositions.

DECIDE :

Article 1er : La requête de la société Vert Marine est rejetée.

Article 2 : Le présent arrêt sera notifié à la société Vert Marine et à la communauté de communes Cœur de Nacre.

Délibéré après l'audience du 14 novembre 2023, à laquelle siégeaient :

- M. Lainé, président de chambre,
- M. Derlange, président assesseur,
- Mme Chollet, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 1er décembre 2023.

La rapporteure,

L. CHOLLET

Le président,

L. LAINÉ

Le greffier,

C. WOLF

La République mande et ordonne au préfet du Calvados en ce qui le concerne, et à tous commissaires 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.

2

N° 22NT02445