

CAA de MARSEILLE

N° 13MA03272

Inédit au recueil Lebon

6ème chambre - formation à 3

M. GUERRIVE, président

Mme Florence HERY, rapporteur

Mme FELMY, rapporteur public

CABINET LANZARONE, avocat(s)

lecture du lundi 13 juillet 2015

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Pompes Funèbres Régionales (PFR) a demandé au tribunal administratif de Toulon d'annuler le contrat de délégation de service public conclu le 2 septembre 2011 entre la commune de La Seyne-sur-Mer et le groupement Lévêque, Delesse et groupe Capelette pour la construction, la gestion et l'exploitation d'un crématorium et de condamner la commune de La Seyne-sur-Mer à lui verser la somme de 4 736 856 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction irrégulière.

Par un jugement n° 1102752 du 14 juin 2013, le tribunal administratif de Toulon a rejeté sa demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête et des mémoires complémentaires, enregistrés le 2 août 2013, le 29 janvier 2015 et le 22 mai 2015, la société Funecap Sud-Est, venant aux droits de la

société PFR, représentée par MeC..., demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Toulon du 14 juin 2013 ;

2°) d'annuler le contrat de délégation de service public conclu le 2 septembre 2011 ;

3°) de condamner la commune de La Seyne-sur-Mer à lui verser la somme de 4 736 856 euros à titre de dommages et intérêts, cette somme étant assortie des intérêts de droit à compter du 3 octobre 2011 et les intérêts étant capitalisés à chaque échéance le permettant ;

4°) de condamner la commune de La Seyne-sur-Mer, les sociétés Pompes Funèbres Lévêque, Delesse et Groupe Capelette à lui verser, chacune, la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, la circonstance que l'avis d'appel public à concurrence ne mentionne pas que le cocontractant pourra être chargé de construire et d'exploiter une chambre funéraire alors que cette indication figure dans le dossier technique architectural auquel renvoyait le cahier des charges est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;
- les premiers juges ne pouvaient écarter le moyen tiré de la rupture d'égalité entre les candidats du fait de la mise en redressement judiciaire de la société Groupe Capelette ; en effet, cette société, qui était tenue d'informer la commune de La Seyne-sur-Mer de son placement en redressement judiciaire, n'était pas régulièrement représentée lors de la procédure de consultation ; de plus, contrairement à ce qu'a considéré le tribunal, qui ne pouvait inverser la charge de la preuve, la société Groupe Capelette n'a pas justifié de ce que ses capacités techniques et financières étaient intactes nonobstant son placement en redressement judiciaire ;
- en se fondant uniquement sur les énonciations du rapport d'analyse avant négociation, les premiers juges ont insuffisamment motivé leur décision ; ils n'étaient pas fondés à écarter le moyen tiré de ce que seule son offre ne comportant pas de chambre funéraire a été analysée par la commission alors que l'offre du groupement retenu est celle comportant une chambre funéraire, portant ainsi atteinte au principe de l'égalité de traitement des candidats ;
- la commune de La Seyne-sur-Mer aurait dû préciser dans les documents de consultation les critères d'appréciation des offres au regard de l'inclusion ou non d'une chambre funéraire dans les installations du crématorium ;
- l'offre retenue est irrégulière dans la mesure où le permis de construire accordé à la société attributaire a été annulé par un jugement du tribunal administratif de Toulon le 13 mars 2014 ;

- le contrat litigieux méconnaît les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dès lors que seule la société Pompes Funèbres Lévêque exploite le crématorium ;
- l'irrégularité entachant le contrat de délégation de service public impose son annulation ;
- elle disposait d'une chance sérieuse de se voir attribuer cette délégation et est dès lors fondée à être indemnisée au titre du bénéfice net perdu sur la durée de délégation ainsi que des frais exposés pendant le déroulement de la procédure de consultation.

Par des mémoires, enregistrés les 1er octobre 2013 et 19 avril 2015, la société Pompes Funèbres Lévêque, la société Delesse et la société Groupe Capelette concluent au rejet de la requête, à la confirmation du jugement du tribunal administratif de Toulon et à la condamnation de la société Pompes Funèbres Régionales à leur verser à chacune la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 2 juin 2014 et 6 mars 2015, la commune de La Seyne-sur-Mer conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Pompes Funèbres Régionales à lui verser la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens soulevés par société Funecap Sud-Est ne sont pas fondés.

Par courrier du 1er décembre 2014, les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-11-1 du code de justice administrative, de la date ou de la période à laquelle il est envisagé d'appeler l'affaire à l'audience et de la date à partir de laquelle l'instruction pourra être close dans les conditions prévues par le dernier alinéa de l'article R. 613-1 et le dernier alinéa de l'article R. 613-2.

Un mémoire présenté pour la commune de La Seyne-sur-Mer a été enregistré le 25 juin 2015 postérieurement à la clôture d'instruction.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative.

Par une décision du 1er septembre 2014 du président de la cour administrative d'appel de Marseille, M. Laurent Marcovici, président assesseur, a été désigné, en application de l'article R. 222-26 du code de justice administrative, pour présider les formations de

jugement en cas d'absence ou d'empêchement de M. Guerrive, président de la 6e chambre.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Héry,
- les conclusions de Mme Felmy, rapporteur public,
- et les observations de MeC..., pour la société Funecap Sud-Est, de Me A...pour la commune de La Seyne-sur-Mer et de Me B...pour les sociétés Pompes Funèbres Lévêque, Delesse et Groupe Capelette.

1. Considérant que la commune de La Seyne-sur-Mer a décidé de recourir à une délégation de service public en vue de la construction et la gestion d'un crématorium sur son territoire ; qu'elle a publié à cet effet en septembre 2009 un avis d'appel public à concurrence pour la construction, la réalisation et l'exploitation d'un crématorium sur une durée de 20 à 25 ans, la durée définitive de la convention devant être fixée à l'issue de la procédure, en fonction de l'ampleur des investissements proposés par le candidat et la réception des candidatures étant fixée au 9 novembre 2009 ; qu'après l'ouverture des plis, la commission de délégation de service public a écarté la candidature du groupement composé des sociétés Lévêque, Delesse et Groupe Capelette ; que, toutefois, par ordonnance du 2 mars 2010, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a annulé cette décision et a enjoint à la commission de délégation de service public de procéder à un nouvel examen de la candidature du groupement ; qu'après avoir procédé à un nouvel examen de l'ensemble des candidatures, la commission de délégation de service public a admis le 31 mars 2010 trois entreprises à présenter leur offre, dont le groupement précité ainsi que la société Pompes Funèbres Régionales (PFR) ; qu'à l'issue des négociations, la commission de délégation de service public a proposé de retenir l'offre du groupement Lévêque - Delesse - groupe Capelette ; que, par délibération du 25 juillet 2011, le conseil municipal de La Seyne-sur-Mer a approuvé ce choix et a autorisé le maire à signer le contrat de délégation, lequel a été conclu le 2 novembre 2011 pour une durée de 25 ans ;

2. Considérant que la société Funecap Sud-Est, venant aux droits de la société Pompes Funèbres Régionales, après avoir formé un référé précontractuel devant le tribunal administratif de Toulon, lequel a été rejeté par décision du 19 août 2011, demande l'annulation du jugement du 14 juin 2013 du même tribunal ayant rejeté sa demande tendant à l'annulation du contrat de délégation de service public et à l'indemnisation des préjudices résultant de son éviction ;

En ce qui concerne le bien-fondé du jugement :

3. Considérant qu'indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa version applicable au présent litige : " 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. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vue des garanties professionnelles réunies en son sein (...)/ La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue à l'article L. 323-1 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public./ La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitative 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. "

5. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 1er du décret n° 93-471 du 24 mars 1993, applicable au présent litige : " L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité ... par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné./ Cette insertion précise la date limite de présentation des offres de candidature, qui doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication./ Elle précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature. " ;

6. Considérant que l'avis d'appel public à concurrence mentionne que l'objet de la délégation est la construction, réalisation et exploitation d'un crématorium ; qu'il précise, s'agissant des caractéristiques principales de l'opération envisagée, que le projet " comprendra au minimum les équipements suivants : hall d'accueil pour les familles, salle de cérémonie, fours à crémation, unité technique, espace administration et locaux pour le personnel " ; qu'il indique également que le contrat de concession confiera notamment au concessionnaire les missions suivantes : conception et financement du crématorium, construction du crématorium, exploitation du crématorium et, enfin, entretien et maintenance de ces équipements pendant la durée de la convention ; que, par la suite, les candidats admis à proposer une offre - dont la société appelante - ont été destinataires du dossier de consultation des mentions duquel il ressort qu'une chambre funéraire peut venir

compléter l'offre ; que la commune de La Seyne-sur-Mer, par courrier du 31 mai 2010 adressé à tous les candidats admis à présenter une offre, leur a précisé que " les locaux présentés en annexe du cahier des charges s'apparentant à une chambre funéraire dans le crématorium sont une option laissée au choix des candidats " ; que lors de la première réunion de négociation le 7 février 2011, la commune a également indiqué aux candidats que l'objet de la délégation était principalement le crématorium mais qu'il leur était possible de présenter une offre optionnelle incluant une chambre funéraire ; que, contrairement à ce qui est soutenu, la chambre funéraire ne représentait donc pas une caractéristique essentielle du contrat au sens des dispositions précitées ; que, de plus, ainsi qu'il vient d'être dit, l'ensemble des candidats admis à présenter une offre a reçu une information identique sur le caractère optionnel de l'inclusion d'une chambre funéraire dans le projet ; que, dès lors, le moyen tiré d'un manquement aux obligations de publicité doit être écarté ;

7. Considérant, en deuxième lieu, que le placement en redressement judiciaire de la société Groupe Capelette, décidé par jugement du tribunal de commerce de Marseille du 9 février 2011 est postérieur à l'acte de candidature du groupement retenu et à celui de l'examen de sa candidature ; qu'au surplus, ainsi que l'ont estimé les premiers juges, la société Funecap Sud-Est ne se prévaut d'aucune disposition législative ou réglementaire interdisant à une entreprise placée en redressement judiciaire de se porter candidate pour l'attribution d'une délégation de service public, dès lors qu'elle justifie de ses capacités techniques et financières ;

8. Considérant en outre que dans la mesure où le groupement Lévêque - Delesse et Groupe Capelette est représenté par la société Lévêque, mandataire dudit groupement, le moyen tiré de ce que la société Groupe Capelette aurait été irrégulièrement représentée lors de la procédure ne peut qu'être écarté ;

9. Considérant, enfin, qu'il résulte de l'instruction que le groupement Lévêque - Delesse - Groupe Capelette a produit devant la commission de délégation de service public les éléments permettant l'analyse de ses capacités professionnelles, techniques et financières et, notamment, un rapport d'audit établi le 17 février 2010 attestant que le groupement disposait de 1 600 000 euros en capitaux propres avec un chiffre d'affaires de 5 605 000 euros pour un taux de couverture des immobilisations de 120 % ; que la société Funecap Sud-Est ne saurait se prévaloir de la seule injonction de réexamen de la candidature du groupement prononcée par le juge des référés du tribunal administratif de Toulon dans sa décision du 2 mars 2010 pour affirmer que la commission de délégation se serait contentée d'admettre cette candidature sans procéder à l'examen des capacités du groupement ;

10. Considérant, en troisième lieu, que par jugement du 13 mars 2014, le tribunal administratif de Toulon a annulé le permis de construire accordé par la commune de La Seyne-sur-Mer à la société Pompes Funèbres Lévêque pour la réalisation du crématorium ; que le tribunal administratif pour annuler ledit permis a retenu les moyens tirés de la violation de l'article N9 du plan local d'urbanisme de la commune et la méconnaissance des dispositions de l'article N7, relatif à l'implantation des constructions au regard des limites séparatives et celle de l'article N10, relatif à la hauteur des bâtiments ; qu'en égard à ces motifs, il n'apparaît pas, en tout état de cause, que la conclusion du contrat de

délégation de service public serait incompatible avec les règles d'urbanisme susmentionnées ;

11. Considérant, en quatrième lieu, que la société Funecap Sud-Est soutient que la commission de délégation de service public a procédé à une analyse erronée des offres, en tant qu'elle n'aurait pas analysé son offre incluant la chambre funéraire alors que l'offre du groupement retenu comprend une chambre funéraire ; que ni le contrat de délégation ni les plans annexés à l'offre du groupement retenu ne font apparaître de chambre funéraire ; qu'à supposer que la société appelante fasse référence aux plans du permis de construire mentionnant un local susceptible d'accueillir des corps, il n'est toutefois pas fait mention sur ce document de cases réfrigérées, qui sont des éléments requis dans toute chambre funéraire par l'article D. 2223-83 du code général des collectivités territoriales ; qu'en tout état de cause, il ressort de l'examen de l'ensemble du rapport d'analyse de l'offre de la société PFR que, d'une part, s'agissant du critère " valeur technique ", le rapport fait état de deux accès distincts funérarium/crématorium, mentionne la surface consacrée au funérarium (497 m²) ainsi que la circonstance, estimée négative par la commission, que le funérarium soit isolé en sous-sol ; que, d'autre part, pour l'examen du critère économique et financier, la commission mentionne le montant de la redevance sans chambre funéraire ainsi que le montant de cette redevance incluant la chambre funéraire ; que, dans ces conditions, la circonstance que la commission a indiqué, dans la partie consacrée au critère financier, qu'à " la demande de la commune, la possibilité d'ajouter une chambre funéraire au programme a été retirée " et qu'elle a mentionné le montant de la redevance proposée après négociation correspondant au montant sans chambre funéraire ne saurait impliquer - alors que la commune fait en outre valoir qu'elle a demandé à la commission d'analyser l'offre financière en fonction de l'offre de base dans la mesure où tous les candidats n'avaient pas proposé d'offre optionnelle, que seule l'offre de base de la société PFR aurait été analysée ; que, par suite, le moyen tiré d'une rupture d'égalité entre les candidats doit être écarté ;

12. Considérant, en dernier lieu, que la société Funecap Sud-Est ne peut se prévaloir utilement des conditions d'exploitation de la délégation de service public pour soutenir que l'offre du groupement retenu serait irrégulière ;

13. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le contrat de délégation de service public conclu entre la commune de La Seyne-sur-Mer et le groupement Lévêque - Delesse - Groupe Capelette n'est entaché d'aucune illégalité ; que, par voie de conséquence, la société Funecap Sud-Est n'est pas fondée à soutenir que la commune de La Seyne-sur-Mer aurait commis une faute en attribuant ce contrat et l'aurait privée d'une chance sérieuse ou de toute chance de remporter ledit contrat ; que, par suite, ses conclusions à fin d'indemnisation des préjudices résultant de son éviction doivent être rejetées ;

14. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Funecap Sud-Est n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, par ailleurs suffisamment motivé, le tribunal administratif de Toulon a rejeté sa demande ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de

justice administrative :

15. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la société Funecap Sud-Est à verser une somme de 2 000 euros à la commune de La Seyne-sur-Mer ainsi qu'une somme de 2 000 euros au groupement Lévêque - Delesse - Groupe Capelette au titre des frais exposés par ces derniers et non compris dans les dépens ; que les conclusions présentées au même titre par la société Funecap Sud-Est, qui succombe dans la présente instance, doivent être rejetées ;

D É C I D E :

Article 1er : La requête de la société Funecap Sud-Est est rejetée.

Article 2 : La société Funecap Sud-Est versera la somme de 2 000 (deux mille) euros à la commune de La Seyne-sur-Mer et la somme de 2 000 euros (deux mille) au groupement Lévêque - Delesse - Groupe Capelette au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société Funecap Sud-Est, à la commune de La Seyne-sur-Mer, à la société Pompes Funèbres Lévêque, à la société Delesse et à la société Groupe Capelette.

Délibéré après l'audience du 29 juin 2015, où siégeaient :

- M. Marcovici, président,
- M. Thiele, premier conseiller,
- Mme Héry, premier conseiller,

Lu en audience publique, le 13 juillet 2015

”

”

”

”

7

N° 13MA03272

Abstrats : 39-02-02-01 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés. Mode de passation des contrats. Délégations de service public.