

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1700406

SOCIETE NEWREST JACREGAL

**M. Gueguein
Rapporteur**

**M. Schnoering
Rapporteur public**

**Audience du 17 mai 2018
Lecture du 31 mai 2018**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire et un mémoire complémentaire enregistrés les 17 novembre et 18 décembre 2017, la société Newrest Jacregal, représentée par la SELARL Calaxis, demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision de résiliation du marché public ayant pour objet des prestations d'aménagements et d'exploitation de la cafétéria du Médipôle de Koutio notifié le 19 septembre 2017 ;

2°) de condamner le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 75 910 692 francs CFP en réparation du préjudice subi du fait de la résiliation de ce marché ;

3°) de mettre la somme de 300 000 F CFP à la charge du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Newrest Jacregal soutient que :

- la résiliation est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière ; l'article 28.2 du CCAG applicable prévoit que l'acheteur doit procéder à une mise en demeure préalable et doit mettre son cocontractant en mesure de présenter des observations préalables ;

- les prétentions financières du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie sont irrégulières ; le marché public conclu implique nécessairement l'occupation du domaine public, elle ne peut être regardée comme occupant irrégulier ; la conclusions de la COT avant commencement d'exécution est indifférente ; il s'agit d'un contrat complexe impliquant l'occupation du domaine public ; l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics prévoit qu'une convention d'occupation du domaine public ne peut avoir pour objet la réalisation de prestations de travaux ou de service avec pour contrepartie économique

constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour leur compte ou pour leurs besoins ; il convient donc de regarder l'occupation du domaine public comme un accessoire du contrat de marché ; l'absence de cette COT n'a donc aucune influence sur le marché public ;

- les prétentions financières du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie sont irrégulières ; elle ne peut être regardée comme un occupant irrégulier dès lors qu'elle était titulaire d'un marché public d'exploitation de la cafétéria ;

- les modalités de calcul du montant de la redevance par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie sont irrégulières ; le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie s'est irrégulièrement abstenu du respect des dispositions des délibérations de l'assemblée de la province Sud prévoyant les tarifs applicables aux COT ;

- compte tenu de l'accord initial pour une redevance commerciale de 2 % du chiffre d'affaires, les prétentions tendant à fixer à 10 % du chiffre d'affaires le montant de la redevance pour l'activité de cafétéria et à 30 % sur le chiffre d'affaires généré par l'exploitation des distributeurs automatiques est contraire au devoir de loyauté des relations contractuelles ;

- compte tenu du fait que la résiliation du marché est intervenue sans faute de sa part, elle a droit à être indemnisée du manque à gagner subi sur toute la durée d'exploitation ; compte tenu d'un résultat net moyen de 973 214 francs CFP, sur la base d'une redevance fixée à 2 % du chiffre d'affaires, elle a subi un préjudice de 72 991 050 francs CFP pour les 78 mois d'exploitation perdus.

Par un mémoire en défense, enregistré le 3 avril 2018, le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, représenté par la SELARL JurisCal, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 350 000 francs CFP soit mise à la charge de la société Newrest Jacregal au titre des frais non compris dans les dépens.

Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie soutient que :

- les conclusions indemnitaires sont irrecevables à défaut d'avoir été introduites postérieurement à la décision rejetant la réclamation préalable de la société Newrest Jacregal ;

- il n'y a eu aucun accord préalable sur un taux de redevance de 2 % ;

- la conclusion de la COT constituait un préalable indispensable au commencement de prestations d'exploitation ; la société requérante a ainsi commencé l'exploitation irrégulièrement dans le but de faire pression sur lui dans le cadre des négociations en cours ; en l'absence d'accord, la société Newrest Jacregal exploite irrégulièrement la cafétéria sur le domaine public sur la base d'un marché public dont l'une des conditions préalable n'a pas été satisfaite ; ce marché ne peut être regardé comme ayant connu un début régulier d'exploitation ; il n'avait donc pas à respecter les procédures du CCAG pour procéder à l'expulsion d'un occupant sans titre de son domaine public ;

- la société Newrest Jacregal n'apporte aucune justification au montant prétendu de son manque à gagner.

Un mémoire en production présenté pour le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a été enregistré le 9 mai 2018.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

- la loi du pays n° 2007-2 du 13 février 2007 relative aux occupations constitutives de droits réels sur le domaine public de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements publics ;
- la loi du pays n° 2012-6 du 5 septembre 2012 fixant les règles générales du domaine public immobilier de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, de leurs groupements et de leurs établissements publics ;
- la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;
- 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 Marie, avocat de la société Newrest Jacregal, et de Me Loste, avocat du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie.

Considérant ce qui suit :

1. La société Newrest Jacregal et le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ont conclu une convention, transmise au service en charge du contrôle de légalité le 28 septembre 2017, ayant pour objet la réalisation de travaux d'aménagement et l'exploitation de la cafétéria du Médipôle. Par une décision du 29 novembre 2017, le directeur du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a mis en demeure la société Newrest Jacregal de cesser l'exploitation de la cafétéria et à quitter les lieux dans un délai de deux mois. Cette décision demande également à cette société de transmettre les éléments permettant d'établir le montant de la redevance d'occupation à mettre à sa charge au titre de l'occupation irrégulière du domaine public depuis le 1^{er} février 2017.

2. La société Newrest Jacregal demande l'annulation de la décision du 19 septembre 2017 valant résiliation du marché public et la condamnation du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 75 910 692 francs CFP en réparation du préjudice subi du fait de la résiliation de ce marché.

Sur la fin de non-recevoir :

3. Aux termes de l'article R. 421-1 du code de justice administrative : « *La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. / 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* ».

4. Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie est fondé à soutenir qu'il résulte de ces dispositions que les conclusions tendant à ce qu'il soit condamné à verser la somme de 75 910 692 francs CFP, qui ont été enregistrées le 17 novembre 2017, soit préalablement à la notification du courrier en date du 29 novembre 2017, notifié le 4 décembre 2017, portant réclamation préalable, sont irrecevables et doivent être rejetées.

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la décision du 19 septembre 2017 :

5. Le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité. Toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. Elle doit exercer ce recours, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure de résiliation.

Quant à la nature de la convention :

6. La convention conclue entre le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie et la société Newrest Jacregal confie à cette dernière la réalisation de travaux d'aménagement, pour un montant de 14 066 299 francs CFP HT, une prestation de management du projet, pour un montant de 1 406 629 francs CFP HT, soit un forfait de 10% du montant des travaux et prévoit que l'exploitation de cette cafétéria lui sera confiée pour une durée de sept années à compter du 15 janvier 2017 et qu'une convention d'occupation temporaire (COT) « *sera établie avant la mise en service et définira les modalités de fonctionnement, de redevances, etc. ...* ».

7. L'opération globale ainsi prévue a pour objet, d'une part, de confier l'exploitation d'une cafétéria sise sur le domaine public du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie pendant une période de sept années et, d'autre part, la réalisation de prestations de travaux et de maîtrise d'œuvre visant à l'édification de ladite cafétéria. Si ces dernières prestations relèvent de celles entrant dans le champ d'application de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée, l'exploitation de la cafétéria en est exclue.

8. En effet, nonobstant la circonstance que l'exploitation serait assortie de prescriptions quant aux horaires d'ouverture ou de tarification pour les agents du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, une telle convention n'a pas pour objet de confier la gestion d'un service public, et compte tenu du fait que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ne rémunère pas cette prestation de manière directe ou indirecte, il n'y a pas lieu de la qualifier de marché public.

9. Ainsi, la prestation d'exploitation de la cafétéria repose uniquement sur l'autorisation d'occuper le domaine public du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie afin d'y exploiter une activité commerciale et relève donc d'une convention d'occupation temporaire du domaine public.

Quant à la reprise des relations contractuelles :

10. Il résulte de ce qui précède que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a choisi d'exclure les prestations de réalisation de la cafétéria de la COT autorisant l'exploitation proprement dite de cette cafétéria.

11. La société Newrest Jacregal n'apporte aucun élément de nature à établir que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie aurait validé une redevance commerciale d'occupation assise sur un taux de 2% du chiffre d'affaires annuel. En l'absence d'accord de

volonté sur la redevance due par la société Newrest Jacregal, la COT n'a jamais été finalisée et les relations contractuelles dont la société requérante demande la continuation n'ont jamais existé, et ce quelque soit le bien fondé de l'argument selon lequel le centre hospitalier exigeait le versement d'une redevance trop importante.

12. La seule relation contractuelle réellement nouée, à savoir le marché public a épuisé ses effets dès la livraison de la cafétéria. Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a pu valablement la regarder comme occupant illégalement son domaine public.

13. En conclusion, les conclusions tendant à la reprise des relations contractuelles doivent être rejetées.

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

14. 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* ».

15. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la somme de 150 000 F CFP à la charge de la société Newrest Jacregal au titre des frais exposés par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie dans la présente instance et non compris dans les dépens. Les conclusions susvisées de la société Newrest Jacregal doivent être rejetées.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête de la société Newrest Jacregal est rejetée.

Article 2 : La société Newrest Jacregal versera la somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) au centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie au titre des frais exposés et non-compris dans les dépens.