

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1200308

Société Ecotrans

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 10 octobre 2013
Lecture du 30 octobre 2013

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête, enregistrée le 31 octobre 2012 présentée pour la société Ecotrans dont le siège est 17 lotissement Julissa BP 1627 à Païta (98890), par Me Charlier, avocat; la société Ecotrans demande au tribunal :

- d'annuler le marché public relatif au traitement sélectif des déchets ménagers conclu entre la commune du Mont-Dore et la société d'économie mixte Mont-Dore environnement ;

- de condamner la commune du Mont-Dore à lui verser la somme de 212 949 900 francs CFP au titre de son préjudice matériel ;

- de condamner la commune du Mont-Dore à lui verser la somme de 500 000 francs CFP en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la méconnaissance des obligations d'accomplissement des formalités de publicité et de mise en concurrence préalable ne lui a pas permis de soumissionner au marché litigieux alors même qu'elle avait toutes les chances de l'obtenir ;

- elle a subi par la conclusion irrégulière de ce marché un préjudice représentant un manque à gagner de 212 949 900 francs CFP pour un marché conclu sur une durée de trois années ;

- elle a intérêt et qualité à agir ;

- elle a la qualité de candidat évincé ;

- conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007, le délai de recours contentieux à l'encontre d'un marché public est de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, soit à compter de la publication par voie de presse de l'avis d'attribution publié ;

- qu'au cas présent, le marché public litigieux a été conclu sans procédure de publicité ni de mise en concurrence et sans qu'aucun avis d'attribution ne soit publié ;

- ce n'est qu'au début du mois de septembre 2012, lorsque la SEM Mont-Dore environnement commença à exécuter ses prestations contractuelles qu'elle a pris connaissance dudit contrat ;

- l'article 2.1 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics est illégal en ce qu'il contrevient aux principes fondamentaux de la commande publique notamment au principe d'égalité de traitement entre les candidats ainsi qu'au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ;

- les sociétés d'économie mixte à capitaux privés doivent être mises en concurrence avec d'autres prestataires pour la passation d'un marché public, la seule exception concernant les sociétés d'économie mixtes qui peuvent être regardées comme le prolongement de la personne publique caractérisant une prestation intégrée ;

- même dans le cadre de la passation des « marchés de gré à gré », l'autorité compétente est tenue de mettre en compétition, par une consultation écrite au moins sommaire, les candidats susceptibles d'exécuter le marché ;

- elle a été privée d'une chance très sérieuse de soumissionner au marché et, par voie de conséquence de l'exécuter ;

- l'indemnisation qui lui est due doit correspondre à ses prévisions de résultat au titre de l'exécution du marché, correspondant à sa marge nette sur la durée totale du marché ;

- il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais irrépétibles ;

Vu, enregistré le 9 janvier 2013, le mémoire présenté pour la société Ecotrans, qui persiste dans ses précédentes conclusions et produit les statuts de la SEM Mont-Dore environnement ;

Vu, enregistré le 11 avril 2013, le mémoire en défense présenté pour la commune du Mont-Dore par Me Loste, avocat, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Ecotrans à lui payer la somme de 500 000 francs CFP sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- elle a confié le marché de collecte, de traitement et de valorisation des déchets ménagers à la SEM Mont-Dore environnement eu égard aux termes de l'article 2.1 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée ;

- aux termes de la délibération n° 84/11/XII en date du 21 décembre 2011, le conseil municipal a habilité le maire de la commune à signer le contrat avec la SEM Mont-Dore environnement ;

- cette délibération a été transmise au commissaire délégué de la République le 22 Décembre 2011 pour être affichée en mairie à compter du 26 décembre 2011 ;

- la délibération n° 84/11/XII portait expressément mention du délai de recours de trois mois à compter de son affichage ;

- la société Ecotrans disposait d'un délai expirant le 26 mars à minuit aux fins de pouvoir diligenter un recours à l'encontre de cette délibération, voire un recours à l'encontre du contrat conclu avec la SEM Mont-Dore environnement qui était annexé et donc consultable, or la société Ecotrans n'a saisi la juridiction de céans que le 31 octobre 2012 ;

- la société Ecotrans n'a jamais formalisé une quelconque réclamation ce qui rend irrecevables toutes les demandes indemnitaires ;

- la société Ecotrans reconnaît implicitement que les directives européennes et autres textes émanant de l'Union européenne, ainsi que la jurisprudence européenne ne sont nullement applicables en Nouvelle-Calédonie ;

- elle n'a pas fondé la passation du contrat en cause sur la base des articles 34 et suivants de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée mais sur la base de l'article 2-1 de ladite délibération ;

- la délibération n° 56/CP du 20 avril 2011, publiée au JONC du 3 mai 2011, n'a pas fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ;
- le recours principal étant irrecevable, tout moyen d'illégalité soulevé par voie d'exception à l'encontre de la délibération n° 56/CP devra être rejeté ;
- les termes mêmes de cet article sont conformes aux termes de l'article 3, 1° du code des marchés publics applicable en métropole et ayant donné lieu à une abondante jurisprudence ;
- le Conseil d'Etat qui a déjà eu à apprécier la portée des contrats dits « in house », n'a jamais remis en cause la légalité même de cette exception mais s'est attaché à contrôler l'effectivité du contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur le co-contractant concerné ;
- qu'en l'espèce, elle détient 51 % de la S.A.E.M.L.Mont-Dore ce qui lui permet d'exercer sur la S.A.E.M.L.Mont-Dore environnement un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services ;
- la société Ecotrans aurait été dans l'incapacité matérielle de répondre à ses besoins dans le cadre du contrat des traitements de déchets en cause ;
- il n'est pas justifié de sa capacité à pouvoir réceptionner, trier, conditionner, stocker, préparer à la valorisation et éliminer l'intégralité des déchets des administrés de la commune ;
- nulle information n'est donnée sur l'ensemble des actifs de la société Ecotrans (matériels, véhicules, salariés,...) permettant de justifier une éventuelle chance de se voir confier le marché ;
- la société Ecotrans se garde bien de communiquer ses comptes et bilans ;
- hormis trois attestations et des plannings établis par la société Ecotrans elle-même, rien ne justifie les demandes financières qui sont présentées ;
- il convient de déduire les charges liées à l'exploitation, aux salariés, aux coûts fiscaux du coût annuel de ce marché s'élevant à 40 000 000 de francs CFP, ce qui ne permet pas d'obtenir une perte nette de 200 millions ;
- une telle demande n'est absolument pas sérieuse et devra même être considérée comme abusive ;

Vu, enregistré le 15 avril 2013, le mémoire présenté pour la commune du Mont-Dore, qui produit à titre de pièce complémentaire l'arrêt du Conseil d'Etat n° 347002 en date du 11 mai 2011 ;

Vu, enregistré le 22 avril 2013, le mémoire présenté pour la société Ecotrans qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que :

- la commune du Mont-Dore n'apporte aucun élément de preuve justifiant de l'affichage de la décision du conseil municipal du 21 décembre 2011 ;
- compte tenu de sa connaissance acquise lors du commencement d'exécution du contrat, le délai de recours à l'encontre de la délibération ne peut lui être opposé ;
- elle a adressé à la commune du Mont-Dore un recours préalable par courrier recommandé du 11 avril 2013 ;
- en application de la jurisprudence du Conseil d'Etat en date du 16 juillet 2007, le requérant n'est pas tenu d'adresser une demande préalable indemnitaire ;
- le marché concerné ne saurait être qualifié de contrat de prestation intégrée mais de marché public conclu irrégulièrement ;
- la participation même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également la personne publique exclut en tout état de cause que cette personne publique puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ;

- le contrat litigieux entrant dans le champ d'application de la délibération réglementant les marchés publics, la commune du Mont-Dore était tenue de procéder à une mise en concurrence ;

- les principes constitutionnels inhérents à la commande publique, applicables en Nouvelle-Calédonie, ont été méconnus ;

- elle dispose de 5 véhicules de collecte et d'un partenariat avec deux transporteurs pour les gros volumes de matières ainsi que d'un dock de 400 m² comprenant une presse à balle permettant le traitement de 5000 tonnes de déchets par an, d'une balance homologuée, d'un partenariat avec un repreneur australien et d'une unité recyclage de verre ;

- huit personnes y sont employées ;

- elle exporte entre 360 et 500 tonnes de matières par an et en traite le triple, exportant de 1 à 240 pieds par mois de matière plastique, papiers cartons, ferreux et non ferreux ;

- l'importance et la diversité de son activité démontrent ses chances de remporter le marché contesté ;

- ses demandes d'indemnisation sont bien fondées ;

Vu l'ordonnance du 25 avril 2013 fixant la clôture d'instruction au 29 mai 2013, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 29 mai 2013, le mémoire présenté pour la commune du Mont-Dore par Me Loste, avocat, qui confirmant ses précédentes écritures, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Ecotrans à lui payer la somme de 500 000 francs CFP sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle ajoute que :

- contrairement à ce que soutient la société requérante, la délibération n° 84/11/XII en date du 21 décembre 2011, à laquelle était annexé le contrat de prestation en cause, était bien affichée en mairie à compter du 26 décembre 2011 ;

- un article relatif à ce contrat était paru le 31 décembre 2011 dans les Nouvelles Calédoniennes ;

- il est pris acte de la régularisation tardive du recours en adressant une réclamation préalable en date du 11 avril 2013 ;

- la société Ecotrans fait référence à la jurisprudence de la CJCE portant sur l'interprétation de directives européennes relatives aux contrats « in house » qui sont inapplicables en Nouvelle-Calédonie ;

- la mise en œuvre du contrat de prestations confié à la SEM Mont-Dore environnement a nécessité la création d'un centre de tri d'un montant de 332 700 000 francs CFP ;

- les moyens matériels nécessaires pour répondre aux conditions du contrat sont constitués d'un chariot élévateur, d'une pince à balles, d'une chargeuse, d'une camionnette VL, de deux camions BOM de 3,5 tonnes et d'un camion BOM de 19 tonnes ;

- ce projet a nécessité le recrutement de 18 agents de tri et de collecte polyvalent ;

- la complexité technique et financière de cette opération imposait que ce contrat soit confié à une société pouvant être considérée comme le prolongement des services communaux ;

- la société Ecotrans ne justifie nullement avoir les compétences tant matérielles qu'humaines pour honorer un tel contrat ;

- la société Ecotrans soutient employer 5 personnes mais ne verse aux débats nul contrat de travail ;

- un dock de 400 m² dont la société requérante ne prouve pas l'existence serait en toute hypothèse insuffisant pour traiter les volumes collectés ;

- les investissements réalisés au sein de la SAEML Mont-Dore environnement correspondent à une partie seulement des fonds qui ont dû être engagés pour pouvoir mettre en

œuvre le projet qu'elle a souhaité et ne peuvent être assimilés aux pertes invoquées par la société requérante ;

- la société Ecotrans se garde toujours de communiquer ses comptes et bilans ;
- les plannings établis par la société Ecotrans ne portent que sur 4 jours et une liste restreinte de clients ;
- les prétentions de la société Ecotrans ne sont nullement sérieuses, voire totalement fantaisistes ou encore abusives ;

Vu, enregistrée le 22 octobre 2013, la note en délibéré présentée pour la commune du Mont-Dore par Me Loste, avocat,

Vu la délibération attaquée ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 10 octobre 2013 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Charlier, avocat de la société Ecotrans, et de Me Loste, avocat de la commune du Mont-Dore ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par la commune du Mont-Dore et tirée de la tardiveté de la requête :

1. Considérant que les marchés publics en Nouvelle-Calédonie sont régis par les règles énoncées par la délibération n° 136/CP et doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ainsi que la règle de transparence des procédures qui en découle, lesquels sont rappelés par l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics :

« Toute dépense publique se rapportant à un objet unique nettement déterminé, dont la fourniture ou l'exécution est assurée au territoire, aux provinces, aux communes de Nouvelle-Calédonie et à leurs établissements publics par une personne physique ou morale doit donner lieu à un marché soumis aux règles fixées ci-après, sauf dispositions contraires prévues par délibération du congrès dès lors que son montant excède 20.000.000 F CFP.

(...) *On entend par marchés publics, les contrats passés, dans les conditions prévues dans la présente délibération par les collectivités publiques visées à l'alinéa premier ci-dessus en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services.* » ; qu'en vertu de l'article 2 de la même délibération : *« Les marchés sont des contrats écrits dont les cahiers des charges sont des éléments constitutifs. Ils sont passés après mise en concurrence dans les conditions prévues au titre 1er. »* ;

3. Considérant que la commune du Mont-Dore excipe de la tardiveté de la requête de la société Ecotrans au motif que la délibération n° 84/11/XII en date du 21 décembre 2011 relative au contrat de prestation de service de traitement des déchets valorisables des foyers du Mont-Dore a été affichée en mairie à compter du 26 décembre 2011, ainsi qu'en atteste le chef du service des affaires générales de la commune du Mont-Dore alors que la requête dont s'agit n'a été enregistrée que le 31 octobre 2012 au greffe du Tribunal de céans ; qu'il est, toutefois, constant que le montant de la fourniture ou l'exécution de la prestation de service de traitement des déchets valorisables des foyers de la commune du Mont-Dore excédait 20.000.000 F CFP et que la commune du Mont-Dore n'établit pas ni même n'allègue qu'elle aurait procédé à l'accomplissement des formalités d'information énoncées par l'article 28-2 de la délibération n°136/CP qui prévoit que, dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, le représentant légal de la collectivité ou de l'établissement porte à la connaissance du public le nom du titulaire ainsi que le montant du marché par un avis d'attribution publié par voie de presse ; qu'il suit de là que le délai de recours à l'encontre de la décision critiquée n'ayant pas commencé à courir, la requête de la société Ecotrans n'est pas tardive ;

Sur la légalité de la décision attaquée :

4. Considérant que la société Ecotrans demande au tribunal d'annuler le marché public relatif au traitement sélectif des déchets ménagers conclu entre la commune du Mont-Dore et la société d'économie mixte Mont-Dore environnement et de condamner la commune du Mont-Dore à lui verser la somme de 212 949 900 francs CFP au titre de son préjudice matériel ; que la commune du Mont-Dore soutient avoir fondé la passation du contrat en cause sur les dispositions de l'article 2-1 de la délibération n° 136/CP qui prévoient que : *« Les dispositions de la présente délibération ne sont pas applicables aux contrats conclus par une des personnes morales mentionnées à l'article 1er entre elles ou avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services, notamment par la détention de la majorité de son capital social, et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle. Le cocontractant doit alors lui-même appliquer la procédure de mise en concurrence prévue par la présente délibération pour l'exécution du contrat qui lui est confié »*. ;

5. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et notamment du mémoire de la commune enregistré le 11 avril 2011, que la société Mont-Dore environnement est une société anonyme d'économie mixte locale dont la commune du Mont-Dore ne détient que 51 % du capital social ; que neuf partenaires privés ou institutionnels : EEC, Surfaces Vertes Propres Mana, Entreprise Pierre F SARL, Sud Nord Terrassement, les Etablissements métallurgiques calédoniens, S.R.C.B.G, Hydroclean, Ingénierie Financière et Développement, Di'Vert'Sud, participent également au capital de ladite société ; que, dans ces circonstances, la commune du Mont-Dore ne peut-être regardée comme exerçant sur cette société, ainsi qu'elle le prétend, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; que, dès lors, elle ne pouvait, sans recourir aux règles de publicité et de mise en concurrence imposées par l'article 2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics, attribuer à la société Mont-Dore environnement le marché litigieux par la délibération n°84/11/XII en date du 21 décembre 2011 ; qu'il y a lieu, par suite, et sans qu'il soit besoin

d'examiner les autres moyens soulevés par la société requérante, d'annuler ladite délibération qui habilite le maire de la commune du Mont-Dore à signer le contrat de prestation de service en cause, fixe la durée dudit contrat et le coût annuel de la prestation estimé à 40 000 000 francs CFP ainsi que les conditions d'imputation des dépenses ;

Sur les conclusions à fins indemnitaires sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par la commune :

6. Considérant que la société Ecotrans soutient avoir subi par la conclusion irrégulière du marché relatif au traitement sélectif des déchets ménagers entre la commune du Mont-Dore et la société Mont-Dore environnement un préjudice représentant un manque à gagner qu'elle estime à la somme de 212 949 900 francs CFP au titre de son préjudice matériel ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'entreprise requérante a communiqué, outre l'extrait K-bis en date du 12 juillet 2012 relatif à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés les attestations de quatre personnes lui ayant confié, dans le cadre d'une démarche de collecte de tri sélectif chez l'habitant, le ramassage à leurs domiciles des matières recyclables et déchets ; qu'elle a aussi produit deux lettres en date des 15 décembre 2011 et 1^{er} janvier 2012 de la société australienne Amcor attestant avoir reçu en provenance de Nouvelle-Calédonie des matières recyclables collectées par la société requérante ; que la société Ecotrans a également fourni les plannings de ses collectes pour les semaines 30, 31, 32 et 37 de l'année 2012 concernant respectivement quelques dizaines de personnes ; que la société requérante qui n'a fourni ni bilans ni contrats de travail de ses salariés, soutient, en outre, sans toutefois en rapporter la preuve, employer huit personnes, disposer de 5 véhicules de collecte, d'un partenariat avec deux transporteurs pour les gros volumes de matières ainsi que d'un dock de 400 m² comprenant une presse à balle permettant le traitement de 5000 tonnes de déchets par an, d'une balance homologuée et d'une unité recyclage de verre ; qu'elle soutient encore, toujours sans en rapporter la preuve, exporter entre 360 et 500 tonnes de matières par an et en traiter le triple, exportant de 1 à 240 pieds par mois de matière plastique, papiers cartons, ferreux et non ferreux ;

8. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société requérante ne démontre pas qu'elle disposait des capacités techniques, du personnel et de l'expérience nécessaires pour assurer l'exécution des prestations requises et qu'elle aurait été privée d'une quelconque chance de remporter le marché relatif au traitement sélectif des déchets ménagers de la commune du Mont-Dore si la passation dudit marché avait respecté les règles de publicité et de mise en concurrence fixées par l'article 2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée ; que, dès lors, les conclusions indemnitaires présentées par la société Ecotrans ne peuvent qu'être rejetées ;

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

9. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le Tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge ; que les conclusions présentées à ce titre par la commune du Mont-Dore doivent être rejetées ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions

et de condamner la commune du Mont-Dore à payer à la société Ecotrans la somme de 100 000 francs CFP ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : La délibération n° 84/11/XII en date du 21 décembre 2011 est annulée.

Article 2 : La commune du Mont-Dore versera la somme de 100 000 francs CFP à la société Ecotrans en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de la société Ecotrans est rejeté.

Article 4 : Les conclusions de la commune du Mont-Dore tendant à l'octroi de frais irrépétibles sont rejetées.