

N° 1-2023

---

**Délégation de service public : Le Conseil d'État indique 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 et, par conséquent, qu'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 (*Action développement loisir*)**

**FRANCE, SECTEUR PUBLIC, ACTION ET RECOURS PRIVÉ, CONTRÔLE JURIDICTIONNEL, CONSTRUCTION, MARCHÉ PUBLIC**

Cass. com. 10 oct. 2022, n° 455691, Action développement loisir

---

**Grégory Marson** | BG2V Avocats

**Concurrences N° 1-2023 | Chroniques | Secteur public**

La communauté de communes Granville Terre et Mer avait engagé une consultation en vue de l'attribution de la délégation de service public afférente à l'exploitation de son centre aquatique situé à Granville [ci-après le "Contrat"]. Quatre candidats, dont la société *Action développement loisir* (ci-après "ADL") et la société *Vert Marine* (ci-après "VM"), ont été admis à présenter une offre. A l'issue de cette procédure, VM a été déclarée attributaire.

Saisi par ADL d'un recours en contestation de la validité du contrat (CE, ass., 4 avr. 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994), le tribunal administratif de Caen (TA Caen, 21 juill. 2020, n° 1800066) puis la cour administrative de Nantes (CAA Nantes, 18 juin 2021, n° 20NT03004) ont rejeté sa demande tendant à l'annulation du Contrat au motif que son offre était irrégulière car ne mentionnant pas la convention collective applicable dont les stipulations avaient été rendues obligatoires par arrêté ministériel. ADL s'est par la suite régulièrement pourvue en cassation contre l'arrêt rendu par le juge d'appel.

Dans un premier temps, la présente affaire a donné l'occasion au Conseil d'État de confirmer l'extension aux délégations de service public d'une solution originellement dégagée en matière de marchés publics. Une offre mentionnant une convention collective inapplicable ou méconnaissant la convention applicable s'avère ainsi irrégulière (I). Dans un second temps, l'affaire sous

revue permet au Conseil d'État de réaffirmer que le candidat évincé ayant déposé une offre irrégulière ne peut utilement se prévaloir de moyens critiquant l'appréciation des autres offres (II).

## **Une offre mentionnant une convention collective inapplicable ou méconnaissant la convention applicable est irrégulière**

Devant le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel, VM avait soutenu avec succès que l'offre d'ADL était irrégulière et que les moyens qu'elle invoquait à l'encontre de la procédure de passation du Contrat n'avaient pu la léser. De manière plus précise, VM avançait que la convention collective applicable à l'objet du Contrat était la convention collective nationale du sport étendue par un arrêté ministériel du 21 novembre 2006 alors que l'offre d'ADL mentionnait la convention collective nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels étendue par un arrêté ministériel du 25 juillet 1994.

Dès lors, deux questions se posaient. D'une part, il convenait de décider si les stipulations d'une convention collective rendues obligatoires par arrêté ministériel s'imposaient aux candidats à une délégation de service public et si une offre ne mentionnant pas la convention collective applicable était de ce fait irrégulière. D'autre part, il convenait de déterminer si le juge administratif était compétent pour identifier la convention collective applicable à l'objet du contrat dont la procédure d'attribution était contestée.

Afin de répondre à la première question, le Conseil d'État prend appui sur les dispositions de l'article L. 2261-15 du code du travail, lesquelles indiquent que *“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 (...)”*. Il en déduit 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. Il suit de là qu'en jugeant irrégulière l'offre de la société requérante méconnaissant les stipulations de la convention collective applicable, la cour, qui n'était pas tenue de rechercher si cette irrégularité pouvait constituer un avantage pour le candidat, n'a pas commis d'erreur de droit”* (point 4).

Si la solution avait déjà été appliquée par le Conseil d'État aux offres des candidats à des marchés publics (CE, 11 déc. 2013, *Société antillaise de sécurité*, n° 372214 ; voir également CE, 23 nov. 2018, *Région Guadeloupe*, n° 422143), elle s'avère ici plus constructive puisque la réglementation fournit en ce domaine une base textuelle plus solide qu'en matière de délégation de service public. L'article 59 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics – aujourd'hui repris à l'article L. 2152-2 du Code de la commande publique – dispose qu'*“Une offre irrégulière est une offre (...) qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale”*. Or, le juge administratif a rapidement considéré que la *“législation”* visée devait être entendue au sens large et inclure l'ensemble des normes qui s'imposent aux parties du contrat (voir en ce sens les conclusions de Gilles Pellissier, CE, 23 nov. 2018, *Région Réunion*, précité ; pour une application à propos des normes de sécurité, voir CE, 30 sept. 2011, *Département de la Haute-Savoie*, n° 350153).

En matière de délégation de service public, force est de constater que la réglementation ne définit pas les offres irrégulières en fonction de leur contrariété avec la *“législation applicable”*, l'article L. 3124-3 du code de la commande publique se contentant d'indiquer qu'*“une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation”*. La différence terminologique entre les textes n'a pas posé de difficulté au Conseil d'État, lequel a uniformisé les solutions par la force obligatoire des conventions collectives étendues par arrêté ministériel.

La règle étant posée, il convenait de l'appliquer aux faits de l'espèce. À cet égard, il était possible de s'interroger sur la compétence du juge administratif pour déterminer la convention collective applicable à l'objet du Contrat, une telle question relevant normalement de la compétence du juge judiciaire.

Le Conseil d'État écarte la difficulté en rappelant tout d'abord les principes qui découlent de la décision *SCEA du Cheneau* du Tribunal des conflits (TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Cheneau*, N° C3828) et indique que “ *lorsque, à l'occasion d'un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative, une contestation sérieuse s'élève sur la détermination de la convention ou l'accord collectif de travail applicable à une entreprise, il appartient au juge saisi de ce litige de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question préjudicielle que présente à juger cette contestation, sauf s'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal*” (point 5).

Après avoir cité les dispositions de l'article L. 2261-2 du Code du travail, aux termes desquelles “ *la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur*”, le Conseil d'État expose ensuite l'objet respectif des activités visées par la convention collective nationale du sport et par la convention des activités relatives aux espaces de loisirs, d'attractions et culturels.

La Haute juridiction administrative constate enfin que le juge d'appel a pris soin de relever que l'activité objet du Contrat était “ *la gestion d'un équipement, composé de deux bassins et d'une fosse de plongée, dont la vocation est principalement sportive alors même qu'il comporte accessoirement des espaces ludiques et de détente*”, et “ *qu'elle 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*”. Le Conseil d'État approuve ainsi la solution retenue par la cour administrative d'appel en soulignant qu'elle “ *n'était pas tenue de saisir l'autorité judiciaire d'une question préjudicielle eu égard à la jurisprudence établie du juge judiciaire sur ce point*” (point 8).

Dans une affaire similaire où VM contestait son éviction d'une procédure de passation d'un marché public pour la gestion d'un “*espace nautique intercommunal*”, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise avait quant à lui décidé de surseoir à statuer en demandant au juge judiciaire d'identifier laquelle des deux conventions précitées était applicable à l'objet du contrat (TGI Pontoise, 10 juill. 2018, n° 18/00409 ; C. cass., soc., 11 déc. 2019, n° 18-20145).

## **L'irrégularité d'une offre rend inopérants les moyens d'un candidat évincé critiquant l'appréciation des autres offres**

Dans le cadre d'un recours en contestation de validité d'un contrat de la commande publique, la jurisprudence établie du Conseil d'État indique “ *qu'un candidat dont l'offre a été à bon droit écartée comme irrégulière ou inacceptable ne saurait (...) soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres*” et qu'il ne saurait “ *notamment soutenir que [les autres] offres auraient dû être écartées comme irrégulières ou inacceptables, un tel manquement n'étant pas en rapport direct avec son éviction et n'étant pas, en lui-même, de ceux que le juge devrait relever d'office ; qu'il en va ainsi y compris dans l'hypothèse où (...) toutes les offres ont été écartées comme irrégulières ou inacceptables, sauf celle de l'attributaire, et qu'il est soutenu que celle-ci aurait dû être écartée comme irrégulière ou inacceptable*” (CE, 9 nov. 2018, *Société Cerba*, n° 420654).

Faisant application de ces principes, le Conseil d'État souligne que “ *le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du contrat peuvent se prévaloir devant le juge du caractère irrégulier [de l'offre du candidat évincé] pour soutenir [qu'il] ne peut utilement soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres*” (point 9). Il est indifférent que l'offre irrégulière ait été classée et notée par le pouvoir adjudicateur ou que le motif d'irrégularité de son offre n'ait pas été opposé par l'autorité concédante mais par l'attributaire du contrat. Le pourvoi d'ADL est donc repoussé.

On soulignera qu'en matière de référé précontractuel et contractuel, la solution exposée ci-dessus est quelque peu différente et ce en raison de l'influence jouée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci a en effet considéré que l'irrégularité de l'offre d'un candidat évincé ne le privait pas de la faculté de faire valoir que l'offre de la société attributaire était elle-même irrégulière (voir CJUE, 4 juill. 2013, *Fastweb*, aff. C-100/12 ; CJUE, 5 sept. 2019, *Lombardi*, aff. C-333/18). Dans le dernier état de la jurisprudence, le juge européen considère d'ailleurs qu'un soumissionnaire évincé peut soulever “ *tous les*

*moyens tirés de la violation du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit, y compris des moyens qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue” (CJUE, 24 mars 2021, NAMA, aff C-771/19). Cette évolution jurisprudentielle conduit la doctrine à s'interroger sur le maintien de la décision SMIRGEOMES (CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420) qui lie le caractère opérant des moyens à la lésion de l'intérêt du requérant (voir par exemple F. Linditch, *Contentieux de la commande publique, la CJUE ne connaît pas la jurisprudence Smirgeomes ?*, JCP A, n° 40, 10 oct. 2022, n° 40006).*

Suivant les principes dégagés par la CJUE, le Conseil d'État a été conduit à amender sa jurisprudence et admet désormais que l'offre irrégulière d'un concurrent évincé ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, devant le juge des référés, de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat litigieux. Tel est notamment le cas lorsqu'une offre peut être assimilée à une offre irrégulière en raison de son caractère anormalement bas (CE, 27 mai 2020, *Société Clean Building*, n° 435982). L'affaire sous revue confirme que la modification engagée pour les recours juridictionnels issus du droit de l'Union européenne n'a pas (pour le moment ?) atteint le recours en contestation de validité du contrat.