

## Décision du Tribunal administratif n° 2300561 du 25 juin 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 1er décembre 2023, la SARL Promo Collectivités Pacific (PCP) représentée par la Selarl Vaiana Tang et Sophie Dubau, demande au tribunal dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la décision du 11 septembre 2023 par laquelle le maire de la commune de Moorea-Maiao lui a infligé une pénalité d'un montant de 960 127 F CFP ;

2°) de la décharger de la somme de 960 127 F CFP ou, à tout le moins, réduire les pénalités à un montant de 34 702 F CFP ;

3°) d'annuler la décision du 5 octobre 2023 par laquelle le maire de la commune de Moorea-Maiao a prononcé la résiliation pour faute du marché n° 06/2022 relatif à la fourniture, aux services de sécurité de la commune de Moorea-Maiao, de vêtements de travail et des équipements de protection individuelle ;

4°) de mettre à la charge de la commune de Moorea-Maiao une somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

En ce qui concerne la décision du 11 septembre 2023 :

- elle n'est pas suffisamment motivée ;

- les stipulations de l'article 10. 1 du CCAP ont été méconnues ; plus de la moitié de la commande a été livrée le 26 octobre 2023 et plus de 90 % de la commande le 31 octobre 2023 soit cinq jours après la réception du bon de commande ; une application normale de ces stipulations aurait abouti à infliger une pénalité de 34 702 F CFP ; en dépit de ce que soutient la commune, celle-ci pouvait sans difficulté utiliser les fournitures livrées le 25 octobre 2022 ;

- les stipulations de l'article 14.1.3 du cahier des clauses administratives générales applicables au marché de fournitures courantes de service ont été méconnues ; en application de cet article, le titulaire est exonéré des pénalités dont le montant ne dépasse pas 120 000 F CFP pour l'ensemble du marché et le montant total de pénalité ne peut excéder 10 % du montant total hors-taxes du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande ; si l'article 13 du CCAP consacré aux dérogations au CCAG indique qu'il est dérogé à l'article 14.1.3 il ne précise pas les dispositions auxquelles il déroge ; la commune de Moorea devait nécessairement préciser le plafond maximal des pénalités encourues ; à défaut de précision il y a lieu de considérer que le montant des pénalités réclamées à la société est inférieur au plafond fixé par l'article 14.1.3 et de l'en décharger ;

- l'article 3 du CCAP précise que les commandes devront être livrées selon le délai indiqué par l'acheteur public à compter de la notification du bon de commande, aux heures d'ouverture de la collectivité ; en l'occurrence le bon de commande ne mentionne aucune date de livraison ; en l'absence de précisions sur ce point, la commune ne peut mettre en œuvre de pénalités de retard ;

- le décompte des jours de pénalités de retard est erroné ; l'ensemble de la commande a été livré le 17 avril 2023 et non le 31 mai 2023 ;

- compte tenu de ce qui précède, il est demandé, à titre subsidiaire, au juge de faire usage de son pouvoir de modération des pénalités infligées ; la commune n'établit pas que les équipements livrés étaient inutilisables ; la sanction est disproportionnée dans la mesure où la société a livré l'intégralité de la commande ; il y a lieu de prendre en compte la circonstance que 90 % de la commande a été livrée en cinq jours et n'a été payée que le 4 juillet 2023 soit bien après le délai contractuel de règlement ;

En ce qui concerne la décision de résiliation :

- la décision n'est pas suffisamment motivée ; la décision ne comporte aucunement les considérations de fait qui en constituent le fondement ;

- aucune faute ne peut lui être imputée ; le délai de 24 heures, qui n'est pas contractuellement fondé, était matériellement impossible à respecter pour l'intégralité de la commande ; la commande a été livrée à 90 % en cinq jours et les équipements neufs livrés étaient parfaitement utilisables.

Par un mémoire enregistré le 5 avril 2024, la commune de Moorea-Maiao, représentée par Me Bourion, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 150 000 F CFP soit mise à la charge de la SARL Promo Collectivités Pacific.

Elle fait valoir qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Par courrier du 9 avril 2023, les parties ont été informées en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative de ce que le jugement à intervenir était susceptible d'être fondé sur un moyen soulevé d'office tiré de l'irrecevabilité des conclusions à fin d'annulation dirigées contre la décision du 5 décembre 2023 aux termes de laquelle l'autorité administrative a décidé la "non reconduction du marché n° 06/2022" dès lors que, s'agissant d'une mesure d'exécution du contrat, la partie à un contrat n'est pas recevable à en demander l'annulation.

Par courrier du 16 mai 2023, les parties ont été informées en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative de ce que le jugement à intervenir était susceptible d'être fondé sur un moyen soulevé d'office titré de l'irrecevabilité, en contentieux contractuel, des conclusions tendant à l'annulation de la décision infligeant des pénalités de retard, dès lors que le juge du contrat n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation des mesures d'exécution du contrat prises par l'autre partie en méconnaissance des clauses du contrat, mais seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité.

Le 17 mai 2024, la société PCP a présenté des observations sur ces moyens d'ordre public.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;

- le code polynésien des marchés publics ;

- 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 M. Boumendjel,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Lenoir pour la SARL Promo Collectivités du Pacifique.

Considérant ce qui suit :

1. La SARL Promo Collectivités du Pacifique (PCP) a été déclarée attributaire, le 3 mai 2022, d'un marché de fournitures de vêtements de travail et d'équipements de protection individuelle destinés aux personnels communaux de sécurité civile et de sécurité publique de la commune de Moorea-Maiao. Ce marché, qui a été conclu jusqu'au 31 décembre de l'année en cours, prévoyait une reconduction possible pour les années suivantes dans la limite de quatre années. La commune a émis un bon de commande, référencé 22D2660P du 20 octobre 2022, réceptionné par l'entreprise le 25 octobre 2022 portant sur la livraison de divers équipements pour un montant global hors-taxe de 4 445 030,80 F CFP soit 5 200 686,05 F CFP TTC. La livraison de ces équipements a été réalisée en trois fois : 53 % des équipements commandés ont été livrés le 26 octobre 2022, 36 % le 31 octobre 2022 et les derniers équipements ont été livrés les 15 décembre 2022, 13 février 2023 et 17 avril 2023. La commune de Moorea-Maiao a versé la somme de 4 240 559 F CFP TTC en paiement de cette commande d'un montant de 5 200 686,05 F CFP. Par courrier du 11 septembre 2023, la société PCP a été informée que le maire de la commune avait décidé de faire application de l'article 10. 1 du cahier des clauses administratives particulières et de lui infliger des pénalités de retard pour un montant de 960 127,05 F CFP. Par une seconde décision du 5 octobre 2023, la SARL PCP a été informée que le marché n° 06/2022, dont le terme arrivait à échéance le 31 décembre 2023, ne serait pas reconduit en 2024. La commune ayant implicitement rejeté la réclamation dont elle avait été saisie le 26 octobre 2023, la SARL PCP demande au tribunal d'annuler les décisions des 11 septembre et 5 octobre 2023.

Sur la recevabilité des conclusions à fin d'annulation des décisions du 5 octobre 2023 et du 11 septembre 2023 :

En ce qui concerne la décision du 5 octobre 2023 :

2. Aux termes de l'article 1.3 " Durée du marché " du cahier des clauses administratives particulières : " Le marché est conclu jusqu'au 31 décembre de l'année en cours. / En fin d'exercice, le marché peut faire l'objet d'une reconduction trois fois, par décision de poursuivre de l'acheteur public sans que sa durée n'excède quatre ans. ".

3. Le juge du contrat ne peut, en principe, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, que 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. Cette exception relative aux décisions de résiliation ne s'étend pas aux décisions de non-renouvellement, qui sont des mesures d'exécution du contrat et qui n'ont ni pour objet, ni pour effet de mettre unilatéralement un terme à une convention en cours.

4. La décision du 5 octobre 2023 par laquelle le maire de la commune de Moorea-Maiao a décidé de ne pas reconduire le marché n° 06/2022 pour la fourniture de vêtements travail et d'équipements de protection individuelle (EPI) spécifiques aux services communaux de sécurité civile et sécurité publique fait application de l'article 1.3 du cahier des clauses administratives particulières cité au point 2. Aussi, s'agissant d'une mesure d'exécution du contrat, le juge ne peut ni en prononcer l'annulation ni enjoindre à la collectivité de reconduire la convention. Par suite, les conclusions présentées par la société PCP sont irrecevables et doivent être rejetées.

En ce qui concerne la décision du 11 septembre 2023 :

5. Ainsi qu'il a été dit au point 3, le juge du contrat ne peut, en principe, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, que rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité. Par suite, les conclusions tendant à l'annulation de la décision du 11 septembre 2023 par laquelle le maire de la commune de Moorea-Maiao lui a infligé une pénalité d'un montant de 960 127 F CFP sont irrecevables et doivent être rejetées.

Sur les conclusions indemnitaires :

6. Le cocontractant lié à la personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure.

7. D'une part, aux termes de l'article 1.1 " objet du marché " du cahier des clauses administratives particulières : " Les stipulations du présent cahier des clauses administratives particulières concernent : fourniture de vêtements de travail et d'équipement de protection individuelle (EPI) spécifique aux services communaux de sécurité civile et de sécurité publique. / Lieu d'exécution : commune de Moorea-Maiao / Les fournitures prévues au marché resteront en dépôt chez le titulaire du marché et seront livrées, suivant l'émission de bons de commande, au fur et à mesure des besoins, sur les sites désignés par l'acheteur public. ". Selon l'article 1.2. " Décomposition en tranches et lots " de ce cahier : " Le marché comporte un lot unique. ". En vertu de l'article 3 " Conditions d'exécution des prestations " : " Conditions de livraison / Commande / Les commandes se feront au fur et à mesure des besoins de la collectivité. / Chaque commande fera l'objet de bons de commande adressée au titulaire. ( ) Livraison / les commandes devront être livrées à l'adresse indiquée par l'acheteur public selon un délai indiqué par l'acheteur public à compter de la notification du bon de commande, aux heures d'ouverture de la collectivité. ( ) ". L'article 9.2 stipule " L'acheteur public accepte ou rectifie la facture ou le mémoire. Elle le complète éventuellement en faisant apparaître les pénalités et les réfections imposées. ( ) ". L'article 10.1 " Pénalités de retard " stipule : " Lorsque le délai de livraison de la commande est dépassé, par le fait du titulaire, celui-ci encourt, par jour de retard et sans mise en demeure préalable d'une pénalité calculée par application à la formule suivante : /  $P = (V \cdot R) / 1000$  / dans laquelle : P = le montant de la pénalité / V = la valeur des prestations sur laquelle est calculée la pénalité, cette valeur étant égale à la valeur de règlement de la partie des prestations en retard ou l'ensemble des prestations si le retard d'exécution d'une part rend l'ensemble inutilisable. / R = le nombre de jours de retard. ". L'article 13 " Dérogations au CCAG " article 10 du présent CCAP déroge à l'article 14.1.3 du CCAG-FCS. "

8. D'autre part, selon l'article 9 " délais de livraison " du cahier des clauses techniques particulières : " Le

titulaire s'engage à exécuter la prestation sous un délai de : veuillez indiquer par oui ou non le délai pour lequel vous vous engagez à réaliser la prestation : ( ) délai inférieur à 24 heures ; 20 points ; Oui. "

9. Le moyen tiré de l'insuffisante motivation ne peut être utilement invoqué devant le juge du contrat dans le cadre de la contestation du bien-fondé de l'infliction de pénalités.

10. Il résulte de l'instruction que le délai de livraison applicable à la présente commande doit être regardé comme celui fixé à l'article 9 du CCTP cité au point 8, dès lors que c'est ce délai de 24 heures sur lequel le titulaire s'est engagé lors de la remise de son offre. Si l'article 3 du CCAP cité au point 7, régissant les conditions d'exécution des prestations, et notamment les conditions de livraison, stipule que " les commandes devront être livrées à l'adresse indiquée par l'acheteur public selon un délai indiqué par l'acheteur public à compter de la notification du bon de commande, aux heures d'ouverture de la collectivité ", cette disposition n'a pas pour effet d'exonérer l'attributaire de tenir le délai de livraison sur lequel il s'est contractuellement engagé. Ainsi, contrairement à ce que soutient la société requérante, en l'absence de délai particulier mentionné sur le bon de commande, le délai sur lequel elle s'était contractuellement engagé trouve nécessairement à s'appliquer. Par suite, le maire de la commune de Moorea n'a pas, en faisant application de l'article 10.1 du CCAP cité au point 7, méconnu les stipulations du marché.

11. Il résulte toutefois de l'article 10.1 du CCAP cité au point 7 que le montant de la pénalité se calcule sur la valeur de règlement des prestations en retard ou de l'ensemble des prestations si le retard d'exécution d'une part rend l'ensemble inutilisable. Or, en l'espèce, la circonstance que certains des vêtements et équipements commandés, majoritairement des t-shirts et des polos, aient été livrés avec retard, n'a pas rendu inutilisables les vêtements et les équipements de protection individuelle déjà livrés. En effet, si le maire de la commune soutient que les sapeurs-pompiers volontaires n'ont pas pu travailler dans de bonnes conditions, il ne soutient ni d'ailleurs n'allègue que les équipements livrés étaient inutilisables. Il s'ensuit que la commune ne pouvait calculer la pénalité sur l'intégralité de la valeur de la commande.

12. Il résulte de l'instruction que la commande a été livrée en quatre fois. Ainsi, 53% de la commande a été livrée le 26 octobre 2022, soit dans le délai contractuellement prévu, et 37% de la commande a été livrée le 31 octobre 2022. La valeur de cette dernière livraison représente la somme de 1 645 140 F CFP. Ainsi, la pénalité applicable à raison de ce retard de cinq jours doit être fixée à 8 226 F CFP. Une troisième livraison de la commande, pour une valeur de règlement de 76 398 F CFP, a été réalisée le 15 décembre 2022, avec 49 jours de retard, justifiant ainsi une pénalité de 3 743 F CFP. Une quatrième livraison d'une valeur de 161 161 F CFP a été réalisée le 13 février 2023, avec 76 jours de retard justifiant une pénalité de 12 248 F CFP. Enfin, le solde la commande d'une valeur de 65 530 F CFP a été livré le 17 avril 2023 avec 140 jours retard, justifiant une pénalité de 10 485 F CFP. Il s'ensuit que le montant des pénalités que la commune de Moorea pouvait contractuellement appliquer est donc de 34 702 F CFP. Par suite, alors que le cahier des clauses administratives particulières déroge expressément sur ce point à l'article 14.1.3 du CCAG qui prévoit une exonération des pénalités inférieures à 120 000 F CFP, le montant des pénalités infligées à la société PCP doit être ramené à 34 702 F CFP.

13. Eu égard au montant de la pénalité effectivement infligée à la société requérante, d'un montant de 960 127 F CFP, le préjudice subi par la société PCP peut être évalué à 925 425 F CFP.

14. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de condamner la commune de Moorea à verser à la SARL PCP la somme de 925 425 F CFP.

Sur les autres conclusions :

15. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la commune de Moorea-Maiao la somme de 150 000 F CFP au titre des frais exposés par la SARL PCP et non compris dans les dépens. En revanche, ces mêmes dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la SARL PCP, qui n'est pas la partie perdante à la présente instance, au titre des frais exposés par la commune de Moorea-Maiao et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1er : La commune de Moorea versera à la SARL Promo Collectivité Pacific la somme de 925 425 F CFP.

Article 2 : La commune de Moorea-Maiao versera à la SARL Promo Collectivité Pacific la somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 4 : Les conclusions présentées par la commune de Moorea-Maiao au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la SARL Promo Collectivité Pacific et à la commune de Moorea-Maiao.

Délibéré après l'audience du 28 mai 2024, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 25 juin 2024.

Le rapporteur,

M. Boumendjel

Le président,

P. Devillers

La greffière,

D. Oliva-Germain

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou 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.

Pour expédition,

Un greffier,

N°2300561