

## Décision du Tribunal administratif n° 2300473 du 12 novembre 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et quatre mémoires, enregistrés les 8 octobre 2023, 4 janvier, 9 février, 7 et 30 mars 2024, la société par actions simplifiée Boyer, représentée par Me Béjot et Me Ferré, demande au tribunal :

1°) de constater l'invalidité du décompte, daté du 22 février 2023, et du certificat de service fait l'accompagnant ainsi que du courrier du 20 avril 2023 et les documents l'accompagnant établis par le port autonome de Papeete (PAP), ensemble la décision par laquelle la même autorité a implicitement rejeté ses réclamations ;

2°) de réformer le décompte du PAP ainsi que le certificat l'accompagnant, le courrier du 20 avril 2023 et les documents l'accompagnant ;

3°) de constater le caractère infondé et irrégulier des pénalités et réfections qui lui ont été infligées et de l'en décharger ou, à tout le moins, de les moduler à hauteur maximale de 1 F CFP ;

4°) de fixer le montant du décompte pour le marché de travaux de réparation du ber de la cale de halage à la somme totale, sauf à parfaire en prix de base, de 192 919 500 F CFP HT (soit 219 928 230 F CFP TTC) et, compte tenu des sommes acquittées par la maîtrise d'ouvrage lors de l'exécution du marché, fixer le solde à la somme, sauf à parfaire, de 59 482 322 F CFP HT (soit 67 997 687 F CFP TTC) en sa faveur ;

5°) de condamner le PAP à lui verser la somme de 59 482 322 F CFP HT (soit 67 997 687 F CFP TTC) augmentée, à compter du 26 mai 2023, des intérêts moratoires capitalisés le moment venu ;

6°) en tant que de besoin, de condamner le PAP à lui payer une indemnité d'imprévision d'un montant de 15 720 718 F CFP HT, augmentée de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) au taux en vigueur et, à compter de la demande, des intérêts moratoires capitalisés le moment venu ;

7°) de juger que les sommes dues par le PAP porteront intérêts moratoires au taux d'intérêt légal en vigueur, majoré de deux points de pourcentage en application de l'article A. 411-6 du code polynésien des marchés publics à compter du 26 mai 2023 avec capitalisation annuelle jusqu'au complet paiement ;

8°) de condamner le PAP à lui payer la somme de 600 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les surcoûts subis en raison de l'augmentation imprévisible du coût de l'acier doivent être indemnisés, à titre principal, à raison de la faute commise par le port autonome de Papeete à n'avoir pas prévu au marché de clause de révision des prix, à titre subsidiaire sur le fondement de la théorie de l'imprévision, dont les deux conditions d'application sont réunies ;

- à la suite du diagnostic du ber prévu au marché comme devant être réalisé en cours de travaux, le port autonome de Papeete, pour minimiser les quantités à commander, a procédé à de multiples modifications unilatérales du marché qui ont eu un impact considérable sur les délais, les commandes

ne pouvant être passées qu'après la fin du mois de septembre 2021 ; ce délai complémentaire, reconnu partiellement par le port autonome de Papeete qui a proposé un avenant ajoutant 18 semaines et cinq jours au délai initialement prévu au marché, doit être porté à 6 mois en tout par rapport au délai contractuel initial ; il ne lui est pas imputable mais révèle la mauvaise estimation initiale de ses besoins par le port autonome de Papeete ; les 180 jours demandés entraîneront une réduction corrélative de 180 jours de pénalités non limitée à la période de préparation ;

- le décalage de la commande l'a confrontée à la pénurie des profilés souhaités par le port autonome de Papeete, qui aurait dû conduire le port à admettre un délai complémentaire réaliste de l'ordre de quatre mois, réduisant lui aussi les pénalités de retard à due concurrence ;

- des travaux supplémentaires relatifs à du décapage, au rail, et à des soudures à reprendre doivent également entraîner l'octroi de délais complémentaires ;

- s'agissant des pénalités, le port autonome de Papeete ne les justifie pas, et ne les a pas précédées de mises en demeure ; en tout état de cause, les retards ne lui sont pas imputables, alors qu'en outre la crise sanitaire due à la Covid-19 les rend inconcevables ; subsidiairement, le montant des pénalités est manifestement excessif ;

- s'agissant de la réfaction de prix sur les revêtements anti-corrosion prévus au marché intitulés 13a et 13b, elle ne respecte pas l'article 20.6 du CCAP, méconnaît l'accord convenu entre les parties durant l'exécution du marché et est totalement injustifiée.

Par quatre mémoires en défense, enregistrés le 12 décembre 2023, les 24 janvier, 19 février et 27 mars 2024, le port autonome de Papeete conclut à titre principal au rejet de la requête et, à titre subsidiaire, dans le dernier état de ses écritures, à ce qu'il soit enjoint à la requérante de lui verser la somme de 2 234 256 francs CFP au titre d'une pénalité de retard de 24 jours pour ce qui concerne la période d'exécution du marché en litige.

Il fait valoir que :

- à titre principal, la requête est irrecevable pour tardiveté ;
- à titre subsidiaire, les moyens ne sont pas fondés.

Par une ordonnance du 3 avril 2024, la clôture de l'instruction a été fixée en dernier lieu au 26 avril 2024 à 11 heures (heure locale).

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- la loi du Pays n° 2020-13 du 21 avril 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des marchés publics, des délégations de service public et des concessions d'aménagement pendant la crise sanitaire née de l'épidémie du covid 19 ;
- l'arrêté n° 2510 CM du 30 décembre 2010 fixant les règles de variation des prix 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 Mme Busidan,
- les conclusions de M. Boumendjel, rapporteur public,
- les observations de Me Blanchard représentant la société Boyer et celles de Mme C représentant le port autonome de Papeete.

Une note en délibéré a été enregistrée le 18 octobre 2024 présentée pour la société Boyer.

Une note en délibéré a été enregistrée le 23 octobre 2024 présentée pour le port autonome de Papeete.

Considérant ce qui suit :

1. Par acte d'engagement signé le 21 décembre 2020, le port autonome de Papeete et la société Boyer ont conclu un marché public à tranches - une ferme, une conditionnelle - relatif à la réparation du ber de la cale de halage située à Fare Ute. L'ordre de service n° 130 du 6 août 2021 a reporté la fin de la période de préparation de la tranche ferme au 8 mars 2021, et la date de démarrage du délai d'exécution des travaux au 15 mars 2021. Après que la réception, au 22 juin 2022, des travaux de la tranche ferme a été prononcée par ordre de service du 24 octobre 2022, et que le 3 novembre 2022 la titulaire du marché a adressé un projet de décompte final, le port autonome de Papeete, en tant que maître d'œuvre, a établi d'office le décompte final et l'a notifié à la société Boyer par ordre de service n° 17 en date du 22 février 2023. La réclamation sur ce décompte adressée par la société Boyer a conduit le port autonome de Papeete à proposer à cette dernière, par courrier daté du 20 avril 2023, une modification du décompte qui ne l'a pas satisfaite. La société Boyer demande donc au tribunal d'arrêter le montant dudit décompte général du marché en litige à la somme totale, sauf à parfaire en prix de base, de 192 919 500 F CFP HT (soit 219 928 230 F CFP TTC) et, compte tenu des sommes acquittées par la maîtrise d'ouvrage lors de l'exécution du marché, de fixer le solde lui restant dû à la somme, sauf à parfaire, de 59 482 322 F CFP HT (soit 67 997 687 F CFP TTC).

Sur la fin de non-recevoir pour tardiveté opposée en défense :

2. D'une part, aux termes de l'article R. 421-2 du code de justice administrative : " Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, dans les cas où le silence gardé par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet, l'intéressé dispose, pour former un recours, d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle est née une décision implicite de rejet. ()/()/ Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat ". Il ressort ainsi des dispositions mêmes de l'article R. 421-2 du code de justice administrative, invoqué par le port autonome de Papeete, qu'il ne s'applique pas au présent litige, lequel est relatif à la contestation de mesures prises pour l'exécution du contrat conclu le 21 décembre 2020.

3. D'autre part, aux termes de l'article 13.4 du cahier des clauses administratives générales - travaux applicable, relatif au décompte général et au solde : " 13.4.1. Le maître d'œuvre établit le projet de décompte général, qui comprend : /-le décompte final ;/ -l'état du solde, établi à partir du décompte final et du dernier décompte mensuel, dans les mêmes conditions que celles qui sont définies à l'article 13.2.1 pour les acomptes mensuels ;/ -la récapitulation des acomptes mensuels et du solde. // Le montant du projet de décompte général est égal au résultat de cette dernière récapitulation.//() //

13.4.2. Le projet de décompte général est signé par l'autorité compétente et devient alors le décompte général. /() ". L'article 50. 1. 1 de ce même cahier stipule : " Si un différend survient entre le titulaire et le maître d'œuvre, ou entre le titulaire et l'autorité compétente, sous la forme de réserves faites sur un ordre de service ou sous toute autre forme, le titulaire rédige un mémoire en réclamation. /() Si la réclamation porte sur le décompte général du marché, ce mémoire est transmis dans le délai de 30 jours à compter de la notification du décompte général. (). ". Selon l'article 50. 3. 2 dudit cahier : " Pour les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, le titulaire dispose d'un délai de six mois, à compter de la notification de la décision prise par l'autorité compétente en application de l'article 50.1.2, ou de la décision implicite de rejet conformément à l'article 50. 1. 3, pour porter ses réclamations devant le tribunal administratif compétent ".

4. Il résulte de l'instruction que l'ordre de service n°17 évoqué ci-dessus, qui a été reçu par la société Boyer le 7 mars 2023 et auquel étaient joints un document intitulé " certificat de service fait n° 4 et final ", et le décompte final établi d'office, a été signé par le directeur général du port autonome de Papeete, maître d'ouvrage. Dans ces conditions et eu égard à leurs mentions, ces documents doivent être regardés comme constituant le décompte général du marché en litige. La réclamation de la société Boyer sur ce décompte a été adressée au port autonome de Papeete par courrier du 23 mars 2023, auquel le maître d'ouvrage a répondu par courrier du 20 avril 2023 parvenu à la société Boyer le lendemain. Alors que la présente requête a été enregistrée au greffe du tribunal le 9 octobre 2023, soit moins de six mois à compter du 21 avril 2023 et donc dans le délai de recours prévu à l'article 50.3.2 du cahier des clauses administratives générales - travaux cité au point précédent, la fin de non-recevoir opposée par le port autonome de Papeete ne peut qu'être rejetée.

Sur les surcoûts dus à l'augmentation du coût de l'acier en tant qu'ils seraient à l'origine de préjudices indemnisables sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour faute de l'administration :

5. Aux termes de l'article LP. 216-2 du code polynésien des marchés publics : " Sous réserve des dispositions de l'article LP 216-3, un marché est conclu à prix définitif. / Un prix définitif peut être ferme ou révisable. / () Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions prévues par arrêté pris en conseil des ministres. ". Selon l'article A. 216-1 de ce code : " L'acheteur public apprécie s'il convient de retenir un prix ferme ou un prix révisable en fonction de la durée du marché, la nature des prestations, et notamment la nécessité de recourir pour leur exécution à une part importante de fournitures de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux ".

6. D'une part, contrairement à ce que soutient la société requérante, les dispositions précitées laissent l'acheteur public apprécier, au regard de divers éléments ou critères, la nécessité de fixer un prix ferme ou un prix révisable, et n'obligeaient donc pas, par elles-mêmes, le port autonome de Papeete à insérer au marché en litige une clause de révision. D'autre part, l'acte d'engagement fixait la durée du marché à un peu plus d'une demi-année (quatre semaines pour la période de préparation et vingt-six semaines pour la période d'exécution), et, par ailleurs, la société Boyer ne verse au dossier aucun élément établissant que les prix de l'acier seraient couramment volatils sur une pareille durée. Dans ces

conditions, la requérante n'est pas fondée à soutenir que l'absence de clause de révision des prix dans les documents contractuels caractériserait une faute de nature à engager la responsabilité du port autonome de Papeete.

Sur les surcoûts dus à l'augmentation du coût de l'acier en tant qu'ils seraient à l'origine de préjudices indemnisables sur le fondement de la théorie de l'imprévision :

7. Dans l'hypothèse où un événement extérieur aux parties, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, a pour effet de bouleverser son économie, le titulaire du marché est en droit de réclamer au maître d'ouvrage une indemnité représentant la part de la charge extra contractuelle qu'il a supportée en exécutant les prestations dont il avait la charge. Une indemnité d'imprévision suppose donc une perte dans l'exécution du marché qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action des cocontractants, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat.

8. Selon la société Boyer elle-même, l'augmentation imprévue des profilés acier à laquelle elle a dû faire face pour l'exécution de son contrat a engendré un surcoût de 15 720 718 F CFP HT, atteignant ainsi 8,44 % du montant du marché. Cependant, au regard de cette proportion, ces dépenses ne peuvent être regardées comme ayant bouleversé l'économie générale du marché. Par suite la société requérante ne justifie pas que lui soit allouée l'indemnité d'imprévision qu'elle demande.

Sur les pénalités de retard :

En ce qui concerne les modalités de leur mise en œuvre :

9. En premier lieu, l'article 20 du CCAG - Travaux, relatif aux pénalités, primes et retenues, prévoit : " 20.1 En cas de retard imputable au titulaire dans l'exécution des travaux, qu'il s'agisse de l'ensemble du marché ou d'une tranche pour laquelle un délai d'exécution partiel ou une date limite a été fixé, il est appliqué une pénalité journalière de 1/3 000 du montant hors taxes de l'ensemble du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande. Ce montant est celui qui résulte des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié ou complété par les avenants intervenus ; il est évalué à partir des prix initiaux du marché hors TVA définis à l'article 13.1.1.// 20.1.1. Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'œuvre ". Il résulte de ces dispositions que, sauf stipulation contraire du cahier des clauses administratives particulières du marché, les pénalités de retard sont dues de plein droit et sans mise en demeure préalable du cocontractant, dès constatation par le maître d'œuvre du dépassement des délais d'exécution. En l'espèce, dans son article 20.1, le cahier des clauses administratives particulières déroge au cahier des clauses administratives générales seulement quant au montant des pénalités et ne prévoit pas de mise en demeure du cocontractant avant application des pénalités de retard. Par suite, la société Boyer n'est pas fondée à soutenir que les pénalités de retard infligées par le port autonome de Papeete seraient irrégulières, faute de mise en demeure préalable.

10. En deuxième lieu, il résulte du décompte final que les pénalités de retard ont été prononcées en raison d'un retard de 42 jours pour la période de préparation du marché et de 236 pour la période d'exécution, soit un total de 278 jours. Alors que ces pénalités ne procèdent pas d'une décision

individuelle autonome mais constituent un élément indissociable du décompte général du marché, elles n'ont pas à être motivées. Dès lors, à supposer soulevé un moyen tiré de l'absence de motivation des pénalités, il doit être écarté.

11. En troisième lieu, si, par ordre de service n° 130 daté du 6 août 2021, le port autonome de Papeete a modifié rétroactivement la date de fin de la période de préparation qu'il a reportée du 24 février au 8 mars 2021, ainsi que la date de début de la période d'exécution qu'il a reportée du 3 au 15 mars 2021, la société Boyer n'est pas fondée à s'en plaindre alors que ces modifications lui sont favorables.

En ce qui concerne le nombre de jours de retard :

12. La société requérante conteste les pénalités mises à sa charge en faisant valoir que le délai d'exécution du marché doit être allongé à plusieurs titres.

S'agissant de la nécessité d'octroyer un délai complémentaire pour le diagnostic du ber :

13. Il résulte du cahier des clauses techniques particulières du marché en litige, notamment son article I.4.2 relatif aux hypothèses de charges, que la réparation du ber, objet du contrat, devait permettre à cette structure, d'une part, de supporter un bateau de 800 tonnes pour une longueur maximale de 40 mètres ou un bateau de 500 tonnes pour une longueur minimale de 20 mètres, d'autre part de comprendre un ber de transfert se déplaçant sur toute la largeur du ber principal.

14. Il résulte par ailleurs de l'instruction que, sur la base de ces caractéristiques prévues au marché, la société Boyer a procédé à un diagnostic des éléments métalliques du ber, dans le respect du planning des travaux fixé, lequel prévoyait quinze jours pour un diagnostic exhaustif des éléments métalliques. En effet, le 10 mars 2021 elle a transmis au port autonome de Papeete le rapport de l'expert Dussart, dont la mission de vérification générale de l'état de la charpente métallique menée entre le 22 et le 27 février 2021 établissait un mauvais état général du ber, ainsi que des fiches de diagnostic relatives à 26 profilés métalliques étudiés, ces documents ayant été précédés le 8 mars 2021 de la note d'hypothèses ou de calcul NC-01 établie par l'entreprise Ipsi. Cependant, par ordre de service n° 41 daté du 17 mars 2021, le port autonome de Papeete signifiait à la société Boyer de " ne plus prendre en compte toutes les charges liées au transfert " et de dimensionner le ber de manière qu'il porte uniquement sur un bateau de 800 tonnes sur 40 m. B le fait valoir la requérante, cet ordre de service a ainsi modifié substantiellement les hypothèses prévues au marché pour la réparation du ber, obligeant la société à reprendre calculs et fiches de diagnostic alors que les nouvelles caractéristiques de la réparation à mener permettaient de renouveler beaucoup moins de profilés métalliques qu'après le diagnostic mené initialement, et ainsi réduire les quantités à commander. A cet égard, alors qu'après l'ordre de service du 17 mars 2021, le port autonome de Papeete a poursuivi ses instructions pour réduire le nombre des éléments métalliques à changer, notamment par l'ordre de service n° 97 du 26 mai 2021, il ressort également du compte-rendu de la réunion de chantier n° 4, daté du 17 septembre 2021, que la titulaire du marché s'est vue informée de ne passer commande des profilés métalliques neufs qu'après validation des quantités par ordres de service du maître d'œuvre, lesquels sont intervenus entre le 24 juin et le 8 octobre 2021. Dans ces conditions, la société Boyer est fondée à soutenir que la modification unilatérale par le port autonome de Papeete des caractéristiques techniques du marché a allongé la

période de diagnostic de 6 mois.

S'agissant de la nécessité d'octroyer un délai complémentaire pour la modification des approvisionnements :

15. La société requérante fait valoir qu'elle n'a pu commander les profilés métalliques qu'une fois que la quantité et la qualité des matériaux à commander ont été définitivement arrêtées par le port autonome de Papeete dans ses courriers datés des 23 septembre, 4 et 12 octobre 2021, et qu'à ces dates, elle s'est trouvée confrontée à des difficultés d'approvisionnement dues à la pandémie du Covid-19. Cependant, les éventuels aléas dus à cette pandémie, qui avait débuté au début de l'année 2020, étaient anticipables à la conclusion du marché, intervenue à la fin de l'année 2020. Alors que, dans son planning du marché datant du 22 janvier 2021, l'entreprise avait fixé à deux mois et demi la durée nécessaire aux approvisionnements relatifs aux profilés métalliques, elle ne verse au dossier aucun élément de nature à établir que le report des commandes au début du mois d'octobre 2021 aurait entraîné un allongement du délai nécessaire à ces approvisionnements. Dans ces conditions, elle n'est pas fondée à soutenir qu'elle devrait obtenir un délai complémentaire pour ce motif.

S'agissant de la nécessité d'octroyer un délai complémentaire pour travaux complémentaires :

16. Aux termes de l'article I.3 du cahier des clauses techniques particulières (A) du marché en litige, relatif à la description des travaux : " Les travaux de réparation du ber comprennent : ( ) - le décapage par karchérisation à haute pression ( )1000 bars) des éléments métalliques conservés, remplacés et réparés, - la métallisation au zinc des éléments métalliques conservés, remplacés et réparés, - la mise en œuvre d'une peinture anticorrosion de type brai-époxy sur les éléments métalliques conservés, remplacés et des organes d'assemblage ( ). ". L'article II.8 - Métallisation de ce A stipule : " La métallisation par fil de zinc devra permettre d'obtenir une épaisseur totale de zinc 120 microns ". Selon l'article II.9 de ce même A - peinture brai-exoxy : " La peinture pour la protection anticorrosion de tous les éléments métalliques à mettre en œuvre sera du type : - époxy polyamide de type Amercoat 71, - brai époxy de type Amercoat 78 HBB. / L'épaisseur minimale de chaque couche mise en œuvre sera : - deux couches d'époxy polyamide de 75 microns par couche, - deux couches de brai époxy de 200 microns par couche. / L'épaisseur totale minimale des couches sera de 550 microns ".

17. Il n'est pas contesté par le port autonome de Papeete que les travaux de décapage, puis de peinture anti-corrosion, ont finalement concerné une superficie de matériaux qui a été augmentée de 20 % par rapport à celle prévue au marché. La requérante fait valoir que les travaux supplémentaires qu'elle a dû ainsi réaliser, imputables à une mauvaise estimation de ses besoins par le port autonome de Papeete, devraient conduire à lui accorder un délai complémentaire au prorata de la superficie ajoutée. Cependant, alors qu'il résulte de l'instruction que la métallisation prévue au A a été abandonnée pour un autre procédé de mise en peinture anti-corrosion, la requérante ne soutient, ni même n'allègue, que le temps qui devait être consacré à la métallisation de la surface initiale était inférieur à celui qu'elle a consacré à décaper et peindre les 20 % supplémentaires de superficie. Dans ces conditions, elle n'est pas fondée à soutenir qu'elle devrait obtenir un délai complémentaire pour ce motif.

S'agissant de la nécessité d'octroyer un délai complémentaire pour reprise du rail :

18. La requérante soutient, sans être contredite par le port autonome de Papeete, avoir effectué partiellement - à hauteur d'une seule poutre - des travaux complémentaires, apparaissant dans le devis n° 256/2021 du 14 décembre 2021, portant sur un poste n° 7 intitulé " réalisation du scellement des profilés métalliques sur la longrine existante (scellement diam. 20 mm et esp : 50 cm) ". Le port autonome de Papeete ne conteste pas non plus que ce travail nécessitait une durée d'une semaine, mais soutient que cette prestation a été réalisée en temps masqué, c'est-à-dire en même temps que d'autres travaux liés au remontage du ber. Toutefois, alors que le port autonome de Papeete n'étaye cette affirmation par aucun élément versé au dossier, il y a lieu de constater que ces travaux complémentaires, non prévus au marché, nécessitent d'accorder à la société Boyer le délai complémentaire de sept jours qu'elle demande.

S'agissant de la nécessité d'octroyer un délai complémentaire pour soudures :

19. Aux termes de l'article I.3.4. du A du marché en litige, relatif au remplacement de profilés : " Le remplacement de profilés comprend : () - la mise en place par soudures et/ou boulonnage et les reprises éventuelles ". L'article I.3.5 du même A, relatif à la réparation partielle de profilés, indique : " La réparation partielle de profilés comprend : () - la liaison par soudures entre ces sections et les reprises éventuelles ". L'article I.3.6 du dit A, relatif à la conservation de profilés, stipule : " Les travaux exécutés dans le cadre de la conservation de profilés sont : () - les reprises éventuelles ".

20. Il résulte de ces stipulations que le marché prévoyait expressément la réalisation de travaux de soudure aussi bien en cas de remplacement qu'en cas de de réparation partielle ou de conservation d'un profilé. Par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en raison de la découverte de gros problèmes de soudure sur le ber existant, il aurait été nécessaire de réaliser un travail complémentaire non compris dans les documents du marché. En outre, si la société requérante indique qu'à raison de huit heures pour réaliser 1 m linéaire de soudure, les 58 mètres linéaires de soudures supplémentaires qu'elle soutient avoir réalisés auraient nécessité 58 jours consacrés à cette tâche, son affirmation repose sur l'hypothèse, non démontrée, qu'elle ne disposait que d'un seul soudeur. Dans ces conditions, la société n'est pas fondée à obtenir un délai complémentaire pour ce motif.

En ce qui concerne le calcul des pénalités de retard :

21. Aux termes de l'article 28 du CCAP du marché en litige, relatif à la préparation des travaux : " 28.1 - Période de préparation/ Le délai d'exécution du marché comprend une période de préparation pendant laquelle, avant l'exécution des travaux, certaines dispositions préparatoires doivent être prises et certains documents nécessaires à la réalisation des ouvrages doivent être établis, cette période est incluse dans le délai d'exécution du marché et a une durée de 4 semaines pour chacune des tranches. La durée de la période de préparation peut être prolongée par ordre de service, sauf si la raison du retard éventuel est imputable au titulaire ; l'ordre de service prolonge le délai d'exécution du marché de la même durée ". L'article 19 du même CCAP, relatif à la fixation et à la prolongation des délais, stipule : " 19.1- Délais d'exécution/ Le délai d'exécution du marché comprend la période de préparation définie à l'article 28.1 - et le délai d'exécution des travaux défini ci-dessous. Un ordre de service de l'autorité compétente précise la date à partir de laquelle démarre la période de préparation. // Le délai

d'exécution des travaux est celui imparté pour la réalisation des travaux incombant au titulaire, y compris le repliement des installations de chantier et la remise en état des terrains et des lieux. Un ordre de service de l'autorité compétente précise la date à partir de laquelle démarre le délai d'exécution des travaux. // 19.2- Prolongation des délais d'exécution/ En dehors des cas prévus aux articles 19.2.2. et 19.2.3. du C.C.A.G. Travaux, la prolongation du délai d'exécution ne peut résulter que d'un avenant ".

22. Il résulte de l'instruction que la période de préparation a débuté le 28 décembre 2020 par ordre de service n° 134 du 21 décembre 2020 et a pris fin, comme il a été dit ci-dessus, au 8 mars 2021, soit avec un retard de 42 jours, sur la durée de 4 semaines prévue au contrat pour cette période.

23. Pour la période d'exécution, qui a débuté au 15 mars 2021 comme il a été dit ci-dessus, il résulte de l'instruction, notamment de la fiche délai du décompte final relative à cette période, qu'elle a été prolongée de vingt-huit jours par décision 2021/G/DE/58/PAP du 23 septembre 2021 notifiée par ordre de service n°175, et de 19 jours pour intempérie par ordre de service n°144 du 1er juillet 2022. Par ordre de service n°243 du 24 octobre 2022, la réception des ouvrages a été prononcée avec effet au 22 juin 2022, soit avec un retard qui s'établirait à 235 jours. Cependant, compte tenu de ce qui a été dit aux points 14 et 18 du présent jugement, il doit être soustrait 187 jours à ce retard, qui doit donc être ramené à 48 jours pour cette période d'exécution. Dès lors, le retard dans l'exécution globale du marché s'établissant à 90 jours, et l'article 20.1 du CCAP fixant à 1/2000 du montant de la tranche considérée par jour de retard, le montant des pénalités infligées à la société requérante doit être ramené à 8 378 460 F CFP.

En ce qui concerne la demande de modulation à 1 F CFP symbolique :

24. Si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations. Lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge. Il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif. Au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif.

25. Ainsi qu'il a été dit au point 23, les pénalités doivent être arrêtées à la somme de 8 378 460 F CFP, soit 4,5 % du montant hors taxes du marché. Si la société Boyer à l'appui de ses conclusions tendant à

ce que le juge module les pénalités se prévaut notamment du contexte de crise sanitaire durant lequel ce marché a été exécuté et de son engagement à trouver des solutions pour mener à bien le marché qui lui avait été attribué, il ne résulte pas de l'instruction que ce montant de pénalités, qui est conforme au CCAG travaux applicable en Polynésie française, soit manifestement excessif et il n'y a donc pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de modérer les pénalités.

En ce qui concerne la réfaction de prix sur le revêtement anti-corrosion :

26. Il est constant que la société Boyer a substitué à la métallisation, prévue aux articles I.3 et II.8 du A du marché en litige et évoquée au point 17 du présent jugement, une peinture anticorrosion. Toutefois, il résulte de l'instruction que le port autonome de Papeete a établi un bordereau supplémentaire de prix n° 1 rémunérant la fourniture et la mise en œuvre d'une protection anticorrosion ép. 550 microns sur les profilés métalliques conservés ou neufs pour une somme de 12 350 F CFP le m<sup>2</sup>, et l'a fait parvenir à la société Boyer qui le lui a retourné signé. Toutefois, dans son courrier du 20 avril 2023 répondant aux réclamations de la société, le port autonome de Papeete a indiqué ne vouloir rémunérer cette prestation qu'à hauteur de 9 900 F CFP le m<sup>2</sup>. Aussi, dans ces circonstances, le port autonome n'ayant ni indiqué que le bordereau transmis par lui à l'entreprise n'était qu'un " projet " ni réagi lorsqu'elle le lui a retourné signé, il y a lieu, alors même que ce bordereau de prix n'a pas été signé par le port autonome de Papeete ni transmis par ordre de service, d'augmenter à 26 243 750 F CFP (résultant du prix de 12 350 F CFP / m<sup>2</sup> pour 2 125 m<sup>2</sup>) la rémunération de cette prestation, que le port autonome de Papeete a évaluée à 21 037 500 F CFP seulement. Il en résulte que la réfaction sur la prestation prévue au marché et non réalisée, qui devait être rémunérée à hauteur de 19 800 FCFP/m<sup>2</sup>, doit s'élever au montant de 15 831 250 F CFP.

27. Il résulte de tout ce qui précède que les pénalités incluses au décompte du marché doivent être ramenées à la somme totale de 24 209 710 FCFP (8 378 460 F CFP pour les pénalités de retard et 15 831 250 F CFP pour non-mise en œuvre de la métallisation). Le décompte du marché, pour un montant initial dû au titulaire après rectification de 178 484 500 F CFP HT, doit ainsi être arrêté à la somme de 154 294 790 F CFP HT, soit 174 353 113 F CFP TTC. Le port autonome de Papeete s'étant acquitté de la somme de 148 781 858 F CFP TTC auprès de la société Boyer, le solde du marché qu'il y a lieu de le condamner à verser à la requérante s'élève à la somme de 25 571 255 F CFP TTC.

Sur les intérêts et la capitalisation des intérêts :

28. D'une part, aux termes de l'article LP. 411-16 du code polynésien des marchés publics : " L'acheteur public est tenu de procéder au mandatement des acomptes et du solde dans un délai qui ne peut dépasser trente jours en précisant toutefois que pour certains marchés, un délai plus long peut être fixé par arrêté pris en conseil des ministres, en raison du contexte géographique d'application. Ce délai ne peut être supérieur à soixante jours. / () Pour le paiement du solde du marché, le délai de mandatement court à compter de la date de réception par l'autorité compétente ou par toute autre personne désignée par le marché du décompte général et définitif établi dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicable ou le cas échéant à compter de la date à laquelle le décompte général est devenu définitif dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives

générales applicable. / () ". Lorsque le décompte général fait l'objet d'une réclamation, le délai de paiement du solde doit être regardé comme ne commençant à courir qu'à compter de la réception de cette réclamation par le maître d'ouvrage.

29. D'autre part, selon l'article A. 411-6 de ce code : " Conformément au dernier alinéa de l'article LP 411-16 et aux dispositions de l'article LP 411-18, le défaut de mandatement des acomptes et du solde dans le délai précisé au marché fait courir au bénéficiaire du titulaire ou du sous-traitant des intérêts moratoires dont le taux est égal au taux d'intérêt légal en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de deux points de pourcentage. "

30. En l'espèce, le port autonome de Papeete a reçu le 24 mars 2023 la réclamation formulée par la société Boyer. Par suite, la société requérante est fondée à demander que la présente condamnation porte intérêts au taux légal, majoré de deux points en application de l'article A. 411-6 du code polynésien des marchés publics, à compter du 24 avril 2023, soit 30 jours après la réception de sa réclamation préalable et à la capitalisation de ces intérêts à compter du 24 avril 2024 puis, le cas échéant, à chaque échéance annuelle à compter de cette date.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

31. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge du port autonome de Papeete la somme de 200 000 F CFP au titre des frais exposés par la société Boyer et non compris dans les dépens.

**D E C I D E :**

Article 1er : Le port autonome de Papeete est condamné à verser à la société Boyer la somme de 25 571 255 F CFP TTC au titre du solde du marché conclu le 21 décembre 2020, assortie des intérêts au taux légal majoré de deux points de pourcentage à compter du 24 avril 2023 et de la capitalisation des intérêts à compter du 24 avril 2024, et à chaque échéance annuelle à compter de cette date.

Article 2 : Le port autonome de Papeete versera la somme de 200 000 F CFP à la société Boyer au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la société Boyer et au port autonome de Papeete.

Délibéré après l'audience du 15 octobre 2024, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

Mme Busidan, première conseillère,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 12 novembre 2024.

La rapporteure,

H. Busidan

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°2300473