

Décision du Tribunal administratif n° 2300093 du 28 novembre 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 25 mars et 27 mai 2023, la société Cegelec Polynésie, représentée par le cabinet Gerando Avocats, demande au tribunal :

1°) de condamner la Polynésie française au paiement de la somme de 4 749 195,56 F CFP HT avec intérêts moratoires à partir d'un délai de 31 jours à compter de la notification du projet de décompte final, soit à partir du 27 août 2022 avec capitalisation des intérêts à partir du moment où une année d'intérêts est due ;

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 800 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est recevable nonobstant la notification d'un décompte de liquidation par la Polynésie française en cours d'instance ;
- la décision de résiliation est irrégulière en ce qu'elle n'est fondée sur aucun motif d'intérêt général. La résiliation est uniquement destinée à éviter une indemnisation dans le cadre de l'exécution du marché, lequel n'aurait pas dû être résilié mais aurait dû se poursuivre par un avenant. Lésée, elle est en droit de réclamer la réparation de l'intégralité des préjudices issus du comportement fautif de l'administration. La mauvaise définition des besoins de la Polynésie française ne lui est pas imputable, cette appréciation erronée n'est pas constitutive d'un motif d'intérêt général mais d'une faute ;
- le solde du décompte de liquidation doit être fixé à la somme de 4 749 195,56 F CFP HT tenant compte de l'indemnité de résiliation non libératoire d'un montant de 775 196 F CFP HT et des dépenses de mobilisation engagées pour l'exécution du marché pour une somme de 3 974 000 F CFP HT (frais d'encadrement engagés pour assurer l'exécution du marché).

Par des mémoires enregistrés les 4 mai et 1er juillet 2023, l'établissement public " Grands Projets de Polynésie " conclut, à titre principal, au rejet de la requête, à titre subsidiaire, à ce qu'il soit jugé que le solde du décompte de liquidation doit être fixé à la somme de 775 196 F CFP et, à ce qu'il soit mis à la charge de la société Cegelec Polynésie la somme de 200 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir, d'une part, que la requête est irrecevable à défaut de dépôt d'un mémoire en réclamation, préalable à toute procédure, que la contestation de la résiliation du marché intervient hors délai et, d'autre part, que les sommes réclamées n'ont pas à être versées.

Par un mémoire en défense enregistré le 23 juin 2023, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir, à titre principal, que la requête est irrecevable à défaut de production d'un mémoire en réclamation et, subsidiairement, que les moyens présentés par la société requérante sont infondés, tant en droit qu'en fait.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- l'arrêté n° 835-84 du 3 mai 1984 modifié portant établissement du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics passés au nom de la Polynésie française et de ses établissements 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. Graboy-Grobesco,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Houbouyan représentant la société Cegelec Polynésie et celles de M. A pour la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. La société Cegelec Polynésie a été attributaire de 7 lots sur les 8 lots en corps d'état techniques du marché public de travaux de construction du bâtiment du Pôle de santé mentale Jean Prince, site de Taaone à Pirae (Tahiti). La société attributaire s'est vu ainsi confier dès 2016 les travaux de réalisation de la gestion technique du bâtiment (" GTB "), de la plomberie, des courants forts, de la vidéosurveillance, des ascenseurs, des piscines thérapeutiques et des fluides médicaux pour un montant total initial de 436 182 814 F CFP dont 21 557 056 F CFP pour le lot n° 13 " GTB ". En 2018, après 17 mois d'exécution, le chantier a été suspendu à la suite d'un litige avec la société Boyer, titulaire du lot n° 1 " Terrassement - fondations - gros œuvre ", relatif aux études géotechniques et concernant plus particulièrement la prise en compte de la nappe phréatique souterraine. Après plusieurs difficultés dont fait état la société requérante à l'occasion de la reprise du chantier, celle-ci s'est trouvée dans l'impossibilité de poursuivre ses prestations et notamment de remettre ses plans d'exécution. Dès lors, l'établissement public " Grands Projets de Polynésie ", en sa qualité de maître d'ouvrage délégué a, par un ordre du service n° 10 du 1er février 2022, décidé de résilier le marché public en litige au motif " d'intérêt général, lié à l'abandon du projet en l'état en raison de difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution ". Par un ordre de service n° 11 du 13 juillet 2022, " Grands Projets de Polynésie " a mis en demeure la société attributaire de produire un décompte final au plus tard le 28 juillet suivant. Par un courrier du 26 juillet 2022, la société Cegelec Polynésie a transmis le document sollicité. Toutefois, à défaut d'accord avec le maître d'ouvrage délégué, la société requérante demande au tribunal de condamner la Polynésie française au paiement de la somme de 4 749 195,56 F CFP HT au titre du solde du décompte de liquidation du marché en litige comprenant les montants de l'indemnité de résiliation contractuelle de 4 % ainsi que des dépenses de personnel engagées.

Sur le CCAG applicable :

2. En application de l'article 2.2 du Cahier des clauses administratives particulières (CCAP) " concernant les prestations à réaliser pour la construction du bâtiment du Pôle de santé mentale Jean Prince () situé

à Taaone () ", les documents applicables au marché en litige sont " ceux en vigueur au premier jour du mois d'établissement des prix, appelé mois zéro Mo, tel qu'il est défini au 3.6.2 () ". Aux termes de l'article 3.6.2 du document précité : " Mois d'établissement des prix du marché - Les prix du présent marché sont réputés établis sur la base des conditions économiques du mois de la remise de l'offre, fixé à l'article 2 de l'acte d'engagement. Ce mois est appelé mois zéro Mo ".

3. Les stipulations précitées du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché prévoient ainsi, s'agissant des pièces générales, au nombre desquelles figure le Cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux (CCAG) en Polynésie française, que les documents applicables sont ceux en vigueur au premier jour du mois d'établissement des prix, tel qu'il est défini dans l'acte d'engagement, à savoir antérieurement, en l'espèce, au mois de juillet 2016, renvoyant ainsi au cahier des clauses administratives générales issus de l'arrêté n° 835G du 3 mai 1984 portant établissement du cahier des clauses administratives générales concernant les marchés publics passés au nom de la Polynésie française et de ses établissements publics.

Sur la fin de non-recevoir tirée de l'absence de mémoire en réclamation :

4. Aux termes de l'article 2.3.3 du CCAG précité : " () 3 - Le titulaire doit, dans un délai de trente jours compté à partir de la notification du décompte général, le renvoyer à la personne responsable du marché, revêtu de sa signature, sans ou avec réserves, ou faire connaître les raisons pour lesquelles il refuse de le signer. () Si la signature du décompte général est refusée ou donnée avec réserves, les motifs de ce refus ou de ces réserves doivent être exposés par le titulaire dans un mémoire de réclamation qui précise le montant des sommes dont il revendique le paiement et qui fournit les justifications nécessaires en reprenant sous peine de forclusion, les réclamations déjà formulées antérieurement et qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif ; ce mémoire doit être remis à la personne responsable du marché dans le délai indiqué au premier alinéa du présent article. Le règlement du différend intervient alors suivant les modalités indiquées à l'article 7.2. Si les réserves sont partielles, le titulaire est lié par son acceptation implicite des éléments du décompte sur lesquels ces réserves ne portent pas ". Aux termes de l'article 7.2 du même cahier des clauses administratives générales : " 7.2.2 2 Si un différend survient directement entre la personne responsable du marché et le titulaire, celui-ci doit adresser un mémoire de réclamation à ladite personne aux fins de transmission à la personne publique. () 7.2.3 1 Si, dans le délai de trois mois à partir de la date de réception par la personne responsable du marché de la lettre ou du mémoire du titulaire mentionné aux 1 et 2 de l'article 7.2.2, aucune décision n'a été notifiée au titulaire, ou si celui-ci n'accepte pas la décision qui lui a été notifiée, le titulaire peut saisir le tribunal administratif compétent. Il ne peut porter devant cette juridiction que les chefs et motifs de réclamation énoncés dans la lettre ou le mémoire remis à la personne responsable du marché. 2 Si, dans le délai de six mois à partir de la notification au titulaire de la décision prise conformément au 3 de l'article 7.2.2 sur les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, le titulaire n'a pas porté ses réclamations devant le tribunal administratif compétent, il est considéré comme ayant accepté ladite décision et toute réclamation est irrecevable ".

5. En l'espèce, après une mise en demeure adressée par l'établissement public " Grands Projets de

Polynésie ", la société Cegelec Polynésie lui a adressé un document qualifié de " projet de décompte final du marché " accompagné de pièces justificatives. Dans son courrier de notification de cet envoi, en date du 26 juillet 2022, la société Cegelec Polynésie fait valoir qu'elle a rappelé dans le document précité sa contestation quant à l'indemnisation proposée, " jugée insuffisante compte-tenu du déroulement du marché et de la mobilisation " engagées pour réaliser le marché. Par un courrier du 24 novembre 2022, la société requérante, en l'absence de transmission du décompte général du marché du maître d'ouvrage délégué, a réitéré sa demande de traitement de son projet de décompte final " et des demandes qui y figurent " dans les plus brefs délais en remettant une nouvelle fois en cause le motif de la résiliation du marché. Toutefois, si l'établissement " Grands Projets de Polynésie " et la Polynésie française font valoir que la lettre de rappel susmentionnée du 24 novembre 2022 ne peut constituer un mémoire en réclamation au sens du CCAG applicable rendant irrecevable la demande de la société Cegelec Polynésie, il est constant que la mise en demeure d'établir le décompte général et définitif, adressée par l'entreprise au maître de l'ouvrage, constitue un mémoire en réclamation au sens et pour l'application du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux. En conséquence, la fin de non-recevoir commune opposée en défense tirée du défaut de production d'un mémoire en réclamation par l'entreprise attributaire et de ce que les bases de calcul des sommes réclamées n'ont pas été mentionnées, doit être écartée.

Sur les conclusions tendant à la fixation du solde du décompte de liquidation :

6. Aux termes de l'article 6.1.1 du CCAG du 3 mai 1984 applicable aux marchés publics de travaux en Polynésie française auquel renvoie l'article 10.1 du CCAP applicable en l'espèce : " La personne publique peut, à tout moment, qu'il y ait ou non faute du titulaire mettre fin à l'exécution des prestations avant l'achèvement de celles-ci, par une décision de résiliation du marché, notifiée dans les conditions de l'article 1.2.4. ". Le même document énonce au point 6.1.4 que " La résiliation fait l'objet d'un décompte qui est arrêté par la personne publique et notifié au titulaire. Les stipulations du 3 de l'article 2.3.3 sont applicables à ce décompte () ". L'article 6.2.1 de ce CCAG précise que : " Lorsque la personne publique résilie le marché, en tout ou partie, sans qu'il y ait faute du titulaire et en dehors des cas prévus à l'article 6.5, elle n'est pas tenue de justifier sa décision (). / Le titulaire est indemnisé dans les conditions prévues au 2 du présent article. 2 - Sauf stipulation particulière du marché, le décompte de liquidation comprend : 2-1 Au débit du titulaire : - le montant des sommes versées à titre d'avance, d'acompte, de paiement partiel définitif et de solde ; la valeur, fixée par le marché et ses avenants éventuels, des moyens confiés au titulaire que celui-ci ne peut restituer, ainsi que la valeur de reprise des moyens que la personne publique cède à l'amiable au titulaire ; - le montant des pénalités. 2-2 Au crédit du titulaire : 2-2-1 - la valeur des prestations fournies à la personne publique, savoir : - la valeur contractuelle des prestations revues, y compris, s'il y a lieu, les intérêts moratoires ; - la valeur des prestations fournies éventuellement en application du 3 de l'article 6.1 ; 2-2-2 - les dépenses engagées par le titulaire en vue de l'exécution des prestations qui n'ont pas été fournies à la personne publique, dans la mesure où ces dépenses n'ont pas été amorties antérieurement ou ne peuvent pas l'être ultérieurement () 2-2-3 - les dépenses de personnel dont le titulaire apporte la preuve qu'elles résultent directement et

nécessairement de la résiliation du marché ; (). 2-2-4 " une somme forfaitaire calculée en appliquant un pourcentage à la différence entre le montant non révisé du marché et le montant non révisé des prestations réceptionnées. Ce pourcentage sera fixé par le marché ".

7. En premier lieu, comme indiqué au point 1, " Grands Projets de Polynésie " a, par un ordre de service du 1er février 2022, décidé de résilier le marché public en litige au motif " d'intérêt général lié à l'abandon du projet en l'état en raison de difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution ". En l'espèce, la société attributaire du marché ne conteste pas sérieusement la survenance de problèmes techniques tenant à l'obligation d'interopérabilité du système de gestion technique du bâtiment (GTB) de l'hôpital avec celui du nouveau bâtiment alors que l'hôpital a unilatéralement décidé de modifier son système de GTB, imposant à l'établissement " Grands Projets de Polynésie " de modifier substantiellement le marché en cours, sans qu'une définition erronée de ses besoins initiaux ne puisse lui être utilement reprochée dans les circonstances de l'espèce. Par suite, le motif ci-dessus mentionné tenant à la nécessité de revoir la gestion technique du bâtiment est de nature à justifier l'abandon du marché litigieux. Dès lors, compte tenu du caractère fondé de la décision de résiliation, celle-ci n'est pas de nature à ouvrir droit à réparation à la société requérante.

8. En second lieu, aux termes de l'article 10.1 du CCAP susmentionné : " En cas de résiliation du marché, les dispositions de l'article 6 du CCAG sont applicables. / Pour une résiliation du fait de la personne publique, le pourcentage prévu à l'article 6-2-2-4 du CCAG est de 4 % ".

9. Il résulte des termes de l'ordre de service n° 12 du 13 avril 2023 que l'établissement Grands Projets de Polynésie a refusé le projet de décompte final du titulaire au motif d'une absence de justification, à partir du sous-détail des prix unitaires du marché, de la somme de 3 974 000 F CFP HT incluse dans l'indemnité de résiliation sollicitée du montant total de 4 749 196 F CFP HT et a notifié à la société Cegelec Polynésie le décompte général correspondant à une indemnité de résiliation de 775 196 F CFP calculée en application de l'article 10.1 du CCAP du marché. Cette somme correspond à la proportion de 4 % appliquée à la différence entre le montant non révisé du marché et le montant révisé des prestations réceptionnées. Par ailleurs, la société requérante ne conteste pas le fait que le marché litigieux n'a été exécuté qu'à hauteur de 2,69 %, correspondant à une partie du coût des études prévues initialement au marché et que la société Cegelec Polynésie a elle-même sollicitées.

10. Il résulte par ailleurs de l'instruction que l'entreprise titulaire du marché n'a jamais communiqué les éléments de justification des frais supplémentaires allégués et qu'elle n'établit pas avoir engagé les frais importants allégués pour assurer l'exécution du marché s'agissant particulièrement des frais d'encadrement et de personnel.

11. Dès lors, compte tenu du montant du marché, du montant des factures soumises et déjà réglées en exécution partielle du marché, de l'avance forfaitaire telle qu'elle est mentionnée dans le décompte général joint à l'ordre de service n° 12 versé aux débats et de l'indemnité de résiliation précitée, le solde du décompte du marché en litige doit être fixé au montant négatif de - 1 475 192 F CFP TTC.

12. Il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société Cegelec Polynésie tendant à la condamnation de la Polynésie française au paiement de la somme de 4 749 195,56 F CFP HT avec

intérêts moratoires et capitalisation des intérêts doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

13. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1er : Le solde du décompte de liquidation est fixé à la somme de - 1 475 192 F CFP TTC.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 3 : Les conclusions présentées par l'établissement " Grands Projets de Polynésie " au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la société Cegelec Polynésie, à l'établissement public " Grands Projets de Polynésie " et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 14 novembre 2023 à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 28 novembre 2023.

Le rapporteur,

A Graboy-Grobescio

Le président,

P. Devillers

La greffière,

D. 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,