

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 2200271

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SARL EL2T

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Jean-Edmond Pilven
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Mme Nathalie Peuvrel
Rapporteuse publique

Audience du 9 mars 2023
Décision du 17 mars 2023

39-02-03
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires, enregistrés les 22 juillet 2022, 28 février 2023 et 3 mars 2023, la société à responsabilité limitée EL2T, représentée par Me Pidjot-Allard, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté n° 2022/1674 du 20 mai 2022 portant résiliation aux frais et risques de son titulaire du marché n° 98 218 2020 T 009 conclu entre la commune de Nouméa et la SARL EL2T et qu'il soit enjoint à la commune de Nouméa de reprendre les relations contractuelles ;

2°) d'ordonner la réception de ce marché ;

3°) de condamner la commune de Nouméa à lui verser une indemnité d'un montant de 24 741 426 francs CFP en réparation du préjudice subi du fait de cette résiliation irrégulière ainsi qu'une indemnité d'un montant de 2 474 143 francs CFP en réparation du préjudice subi du fait des conditions de communication par voie de presse de cette résiliation ;

4°) de mettre à la charge de la commune de Nouméa la somme de 300 000 francs CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- si l'article 45.1 du cahier des clauses administratives et générales de travaux prévoit la possibilité d'une résiliation du marché aux frais et risques du titulaire, la résiliation en litige est irrégulière en l'absence de fautes commises par elle ;
- les pourcentages retenus pour l'ensouillage maritime des travaux de pente et de contre-pente de l'émissaire en mer ne sont pas contractualisés et ne peuvent lui être opposés ;
- le CCTP fixe un ensemble d'obligations liées au résultat attendu mais ne fixe pas de pourcentage de pente et contre-pente ; il prévoit simplement un contrôle topographique et un contrôle au sondeur de la bathymétrie de la fouille ; le bon fonctionnement de l'émissaire est confirmé par le bureau d'études BECIB ;
- la présence de dépôts dans les tubes dits « PEHD » n'est pas interdite par le CCTP et relèverait de l'obligation d'entretien par le maître de l'ouvrage ;
- la faute retenue par le maître de l'ouvrage n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier une résiliation aux frais et risques du titulaire ;
- elle a droit à une indemnisation des frais d'études techniques de la société BECIB, des frais d'expertise assumés par son assureur, du montant total de reprise de travaux de pente et contre-pente et des dépenses réalisées jusqu'à la date de résiliation ainsi que du préjudice lié à la communication par voie de presse de cette résiliation ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 18 octobre 2022, la commune de Nouméa, représentée par la SELARL Raphaëlle Charlier, conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 300 000 francs CFP soit mise à la charge de la société requérante en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la demande d'annulation de l'arrêté municipal est irrecevable, dès lors que seul le juge du contrat peut être saisi, ce qui n'est pas le cas ; que si tel était le cas, la requête serait encore irrecevable dès lors que les mesures d'exécution du contrat ne peuvent faire l'objet d'annulation et que seule une action en reprise des relations contractuelles pourrait être envisagée ; les conclusions à fin d'indemnisation sont aussi irrecevables en l'absence de réclamation préalable auprès de la commune de Nouméa comme le prescrit le cahier des clauses administratives et générales ; enfin la demande tendant à ordonner une réception des travaux doit faire l'objet d'un non-lieu à statuer dès lors que cette réception est intervenue le 9 juin 2022 ; en outre la requête est mal fondée.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 ;
- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;
- la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 ;
- 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. Pilven, premier conseiller ;
- les conclusions de Mme Peuvrel, rapporteure publique ;
- et les observations de Me Charlier, avocate de la commune de Nouméa.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Nouméa a lancé, le 31 décembre 2019, une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché public de travaux relatif à l'approvisionnement et à la pose d'un émissaire en mer permettant l'évacuation des eaux pluviales en mer dans l'Anse Vata. La société à responsabilité limitée EL2T s'est vu attribuer ce marché, le 14 mars 2020, et a confié une partie des prestations à trois sous-traitants. En raison du constat d'anomalies par le maître de l'ouvrage, ce dernier a mis en demeure la société titulaire, par ordre de service du 21 juillet 2021, de remédier à ces malfaçons puis par un ordre de service du 31 décembre 2021 a demandé à la société titulaire de proposer une solution technique détaillée. La société requérante estimant que l'ouvrage était conforme à sa destination a proposé, le 14 janvier 2022, une réfaction du prix du marché et demandé la réception des travaux. Par courrier du 7 avril 2022, la commune de Nouméa a informé la SARL EL2T qu'une procédure de résiliation aux frais et risques du titulaire avait été diligentée. Le conseil municipal a donné son autorisation au maire pour résilier le marché, le 6 avril 2022, et pour conclure un nouveau marché et par un arrêté du 20 mai 2022, le maire de la commune de Nouméa a décidé de résilier le marché à la date du 21 août 2022 aux frais et risques de la SARL EL2T. La société requérante demande l'annulation de cet arrêté, la reprise des relations contractuelles, qu'il soit enjoint à la commune de procéder à la réception des travaux et que la commune de Nouméa soit condamnée à lui verser une somme totale de 27 215 569 francs CFP en paiement des prestations effectuées et en réparation des préjudices subis.

Sur l'étendue du litige :

2. Aux termes de l'article 45.2 du CCAG applicable aux marchés publics de travaux, issu de la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 : *« En cas de résiliation, il est procédé, l'entrepreneur ou ses ayants droits, tuteur, curateur ou syndic, dûment convoqués, aux constatations relatives aux ouvrages et parties d'ouvrages exécutés, à l'inventaire des matériaux approvisionnés, ainsi qu'à l'inventaire descriptif du matériel et des installations de chantier. Il est dressé procès-verbal de ces opérations. L'établissement de ce procès-verbal emporte réception des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés, avec effet de la date d'effet de la résiliation, tant pour le point de départ du délai de garantie défini à l'article 44 que pour le point de départ du délai prévu pour le règlement final du marché au 32 de l'article 13. »*

3. La SARL EL2T demande qu'il soit enjoint à la commune de Nouméa de procéder à la réception des travaux qu'elle a réalisés avant la résiliation du marché. Or il n'est pas contesté qu'un procès-verbal a été établi le 9 juin 2022 conformément aux stipulations de l'article 45.2 du CCAG de travaux et de nature à emporter réception des travaux exécutés. Les conclusions à fin d'injonction présentées par la société requérante sont dès lors devenues sans objet. Il n'y a, par suite, pas lieu de statuer sur les conclusions à fin d'injonction présentées par la société requérante.

Sur les conclusions à fin d'annulation et de reprise des relations contractuelles :

4. Le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, 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. Elle doit exercer ce recours, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure

de résiliation. De telles conclusions peuvent être assorties d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution de la résiliation, afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises.

5. Il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité. Dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il peut décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles.

6. Pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse.

7. La décision du maire de la commune de Nouméa de résilier le marché conclu avec la SARL EL2T ne peut être regardée comme un acte détachable de ce marché, susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, pour excès de pouvoir. Il n'appartient pas davantage au juge du contrat d'annuler les décisions de résiliation d'un contrat. Il ressort en revanche des écritures de la société requérante qu'elle a entendu former devant le tribunal un recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles.

8. La société requérante soutient que la commune de Nouméa a entaché sa décision d'illégalité en procédant à la résiliation du marché dès lors que la pente et la contre-pente de l'émissaire posé en mer pour l'évacuation des eaux pluviales ne sont pas prévus dans le marché et que l'ouvrage aurait dû être reconnu comme conforme à sa destination et en état de bon fonctionnement comme le relève le bureau d'études BECIB. Elle précise que le cahier des clauses techniques particulières qui renvoie au cahier des dispositions communes de la commune de Nouméa ne porte que sur les travaux de terrassement terrestre et non sur l'enfouissement maritime et s'il a été constaté une légère contre-pente sur 30% de l'émissaire en mer, ce défaut minime ne serait de nature qu'à prévoir une réfaction du prix du marché. Il résulte toutefois de l'article 1.1.1.6 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) que les cahiers des dispositions communes de la ville de Nouméa servent de référence pour le marché en cause et prévoient une pente minimale admissible pour les collecteurs principaux gravitaires de 5 mm/mètre. Par ailleurs, l'article 19 de ce CCTP prévoit que l'entrepreneur doit se conformer aux plans, profils, dessins remis par le maître d'œuvre et que le plan intégré au cahier des charges prévoit une pente de 1,3% pour l'émissaire en mer. Il appartenait de surcroît à la société requérante de se conformer aux règles de l'art en prévoyant pour une évacuation par gravitation, une absence de contre-pente. Or il n'est pas contesté, comme le précise l'étude réalisée par le bureau d'études BECIB, que les contre-pentes dans la conduite d'évacuation auront pour conséquence d'augmenter la fréquence du nettoyage de l'émissaire d'environ quatre fois, afin d'éviter que les dépôts ne bouchent la canalisation. La société requérante n'est donc pas fondée à soutenir que la commune de Nouméa aurait entaché sa décision d'illégalité en procédant à la résiliation du marché.

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

9. Aux termes de l'article 49-22 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) des marchés de travaux, issu de la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989, fixant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux et aux marchés publics de fournitures courantes et services passés en application de la délibération modifiée n° 136 du 1^{er} mars 1967 : « *Si un différend survient directement entre la personne responsable du marché et l'entrepreneur, celui-ci doit adresser un mémoire de réclamation à ladite personne aux fins de transmission au maître de l'ouvrage.* ». Et aux termes de l'article 49-31 du même CCAG : « *Si, dans le délai de trois mois à partir de la date de réception par la personne responsable du marché de la lettre du mémoire de l'entrepreneur mentionné aux 21 et 22 du présent article, aucune décision n'a été notifiée à l'entrepreneur, ou si celui-ci n'accepte pas la décision qui lui a été notifiée, l'entrepreneur 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.* ». En outre aux termes de l'article 45 de ce CCAG : « (...) *Sauf dans les cas de résiliation prévus aux articles 47 et 49, l'entrepreneur a droit à être indemnisé, s'il y a lieu, du préjudice qu'il subit du fait de cette décision. Il doit, à cet effet, présenter une demande écrite, dûment justifiée, dans le délai de quarante-cinq jours compté à partir de la notification du décompte général* ». Enfin, aux termes de l'article 48.4 du même CCAG : « *En cas de résiliation aux frais et risques de l'entrepreneur, il est passé un marché avec un autre entrepreneur pour l'achèvement des travaux. Ce marché est conclu après appel d'offres avec publicité préalable ; toutefois, pour les marchés intéressant la défense ou en cas d'urgence, il peut être passé un marché négocié. Par exception aux dispositions du 42 de l'article 13, le décompte général du marché résilié ne sera notifié à l'entrepreneur qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux.* »

10. Il résulte des stipulations du CCAG de travaux citées au point précédent qu'une procédure de recours préalable doit être mise en œuvre avant la saisine du juge administratif, faisant obstacle à ce qu'une des parties saisisse directement le juge de conclusions à fin d'indemnisation. Or, il résulte de l'instruction que la société requérante n'a jamais adressé à la commune de Nouméa de réclamation tendant à l'indemnisation des préjudices dont elle demande la réparation. Par ailleurs, conformément aux stipulations de l'article 48.4 du CCAG de travaux, le décompte général du marché résilié n'est notifié qu'après règlement définitif du nouveau marché. Par suite, ses conclusions à fin d'indemnisation doivent être rejetées, de même que celles tendant au paiement des sommes dues au titre des prestations réalisées, le décompte général du marché n'ayant pas encore été notifié.

11. Il résulte de tout ce qui précède, que les conclusions à fin d'annulation et à fin d'indemnisation présentées par la société requérante doivent être rejetées. Doivent être rejetées, par voie de conséquence, ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre une somme de 180 000 francs CFP à la charge de la SARL EL2T à verser à la commune de Nouméa en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête tendant à ce qu'il soit enjoint à la commune de Nouméa de procéder à la réception des travaux.

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

Article 3 : La SARL EL2T versera la somme de 180 000 francs CFP à la commune de Nouméa en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la société à responsabilité limitée EL2T et à la commune de Nouméa.

Délibéré après l'audience du 9 mars 2023, à laquelle siégeaient :

M. Sabroux, président,
M. Pilven, premier conseiller,
M. Briquet, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 17 mars 2023.