

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1900378

**SARL X.
ARCHITECTURE**

**M. Briquet
Rapporteur**

**Mme Peuvrel
Rapporteur public**

**Audience du 7 mai 2020
Lecture du 28 mai 2020**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie**

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 18 septembre 2019 et le 3 mai 2020, la SARL X. Architecture, représentée par la société d'avocats Juriscal, demande au Tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) avant-dire droit, d'enjoindre, dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction, au vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie de produire l'ensemble des pièces du marché public en litige, l'intégralité des échanges qu'il a eus avec le mandataire du groupement de maîtrise d'œuvre, et enfin tous les ordres de service qui ont été délivrés ;

2°) d'annuler l'état des sommes dues qui a été établi par le vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie le 3 avril 2019, ainsi que les pénalités d'un montant de 2 293 862 F CFP qui ont été prononcées à son encontre ;

3°) d'annuler le commandement de payer qui a été pris à son égard le 5 août 2019 ;

4°) d'enjoindre au vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie d'établir un décompte général et définitif ne comprenant pas les pénalités contestées ;

5°) de mettre à la charge du vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie et du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie une somme de 250 000 F CFP, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ;
- la convention n° 05/13/VR/CONV du 22 avril 2013 prévoyait à son article 5 un prix forfaitaire, ferme et non révisable de 3 843 084 F CFP, qui ne pouvait ultérieurement être réduit ;
- ainsi, l'article 7 de cette convention, qui ne prévoyait aucune sanction en cas de méconnaissance de la clause d'incitation au respect du coût d'objectif définitif, ne permettait pas une telle réduction, et ce d'autant moins que cette méconnaissance ne résultait ici que de l'attitude du vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie, qui a unilatéralement décidé de réduire l'ampleur des travaux à réaliser ;
- par ailleurs, l'absence en l'espèce de décompte général et définitif faisait obstacle à ce que des pénalités lui soient imposées ;
- enfin, la prescription quadriennale interdisait en tout état de cause que de telles pénalités lui soient demandées en 2019, plus de cinq ans après l'exécution des prestations prévues par la convention en cause.

Par un mémoire en défense enregistré le 27 décembre 2019, le vice-recteur de la Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête.

Il soutient que :

- le recours contentieux de la SARL X. Architecture, enregistré plus de deux mois après le rejet implicite de sa réclamation du 3 mai 2019 relative à l'état des sommes dues du 3 avril 2019, est tardif en vertu de l'article R. 421-2 du code de justice administrative ;
- les conclusions à fin d'annulation de l'avis des sommes à payer du 2 mai 2019 sont également irrecevables, n'ayant pas été précédées d'un recours administratif préalable obligatoire introduit dans le délai de deux mois fixé par l'article 1169 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;
- en tout état de cause, aucune prescription ne trouvait à jouer en l'espèce et aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, toutes deux relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;
- la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 ;
- le décret n° 73-207 du 28 février 1973 ;
- la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Briquet, premier conseiller,
- les conclusions de Mme Peuvrel, rapporteur public,
- et les observations de Me Loste, avocat de la société requérante et de Mme Bonnet de Larbogne, représentant le vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie.

Une note en délibéré, présentée pour la SARL X. Architecture, a été enregistrée le 14 mai 2020.

Considérant ce qui suit :

1. Par une convention n° 05/13/VR/CONV du 22 avril 2013, le vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie a confié à un groupement d'entreprises, composé de la SARL Pacific Leader, mandataire du groupement, de la SARL X. Architecture, de la SARL Secuprev et de la SARL ES2, la maîtrise d'œuvre d'une opération de restructuration du bâtiment U du lycée Jules Garnier à Nouméa. Puis, après l'accomplissement des prestations prévues par cette convention et en vue de tenir compte de la décision du payeur de la Nouvelle-Calédonie du 27 janvier 2016, qui avait alors refusé de procéder au paiement des acomptes relatifs à cette convention en se fondant sur le fait qu'aucun état comparatif entre l'estimation prévisionnelle et le coût réel des travaux n'était produit, le vice-rectorat a établi un tel état comparatif et adressé notamment le 3 avril 2019 à la SARL X. Architecture un état des sommes dues dans lequel était mis à la charge de cette dernière une somme de 2 293 862 F CFP « *au titre des pénalités appliquées conformément au décret [n° 73-3201 du 28 janvier 1973]* ». Contestant cet état des sommes dues, la SARL X. Architecture a fait signifier par huissier le 3 mai 2019 au vice-rectorat une réclamation dans laquelle elle contestait le bien-fondé de ces pénalités et le mettait en demeure de procéder à l'établissement du décompte général et définitif, qui n'avait toujours pas été réalisé. N'ayant reçu pour seule réponse à cette réclamation qu'un commandement de payer établi le 5 août 2019, la SARL X. Architecture a alors introduit un recours contentieux, le 18 septembre 2019, qui doit être regardé comme tendant d'une part à la décharge de l'obligation de verser la somme de 2 293 862 F CFP susmentionnée, et d'autre part à ce qu'il soit enjoint au vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie d'établir un décompte général et définitif ne comprenant pas les pénalité contestées.

Sur les conclusions à fin de décharge :

Sur la fin de non-recevoir opposée en défense vis-à-vis de l'état des sommes dues du 3 avril 2019, acte ayant mis à la charge de la requérante les pénalités en litige :

2. Le vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie fait valoir en l'espèce que le recours contentieux de la SARL X. Architecture, enregistré plus de deux mois après le rejet implicite de sa réclamation du 3 mai 2019 relative à l'état des sommes dues du 3 avril 2019, est tardif. Toutefois, et contrairement à ce qu'il allègue, le délai de recours applicable n'était pas celui de l'article R. 421-2 du code de justice administrative. En effet, s'agissant d'un différend entre deux co-contractants à propos de la fixation du solde d'une convention se référant expressément au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux annexé à la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989, le délai ici n'était régi que par ce cahier des clauses administratives générales. S'appliquaient ainsi les articles 49.22, 49.23 et 49.3 dudit cahier, desquels il ressort que l'entrepreneur peut saisir le juge administratif en l'absence de décision du maître de l'ouvrage dans un délai de 3 mois suivant le dépôt de sa réclamation, et ne devient forclos à le faire qu'à l'expiration d'un délai de 6 mois suivant la décision expresse du maître de l'ouvrage. Dans ces conditions, la SARL X. Architecture, qui respectait en l'espèce ces stipulations, n'était pas tardive.

Sur le bien-fondé de telles conclusions :

3. Aux termes de l'article 2 du décret n° 73-207 du 28 février 1973 relatif aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé : « *Les contrats auxquels s'applique le présent décret sont soumis à la réglementation des marchés publics. / Les missions objet de ces contrats sont rémunérées conformément aux dispositions du chapitre II pour les missions dites complètes et du chapitre III pour les missions dites partielles. / Le maître d'ouvrage doit, dans le contrat, décrire l'objet de la mission, en préciser le contenu et, corrélativement, indiquer si elle est complète ou partielle.* ». L'article 3 de ce décret dispose : « *Est dite mission complète toute mission de concours à la réalisation d'ouvrages définis dont le contenu est suffisant pour mettre le prestataire en mesure de s'engager sur un coût prévisionnel de réalisation des ouvrages. / (...).* ». Aux termes par ailleurs de son article 4 : « *I - Le coût prévisionnel de réalisation de l'ouvrage est fixé par le contrat sous la dénomination de coût d'objectif définitif. Ce coût évalué hors taxe à la valeur ajoutée est la somme des deux termes suivants : / - la rémunération prévue pour la mission, dite rémunération initiale, obligatoirement forfaitaire ; / - l'estimation prévisionnelle de toutes les prestations nécessaires pour mener à son terme la réalisation de l'ouvrage, à l'exclusion de celles contenues dans la mission. / II - Le coût d'objectif définitif exclut les dépenses de libération d'emprise ainsi que les frais financiers éventuels. Il est obligatoirement assorti d'un taux de tolérance qui détermine deux coûts tolérés, l'un maximal, l'autre minimal. Ce taux est, en ce qui concerne les missions normalisées mentionnées à l'article 3 ci-dessus, fixé par le maître d'ouvrage dans les conditions précisées à l'arrêté prévu à l'article 8 ci-après, sans pouvoir être inférieur à 5 p. 100. / III - Le coût d'objectif définitif est établi par rapport aux conditions économiques du mois de calendrier fixé par le contrat. / IV - Un contrat peut être passé sur la base d'un coût d'objectif provisoire, incluant une rémunération initiale provisoire, sous réserve de prévoir les modalités de son remplacement par un coût d'objectif définitif. Celui-ci est évalué par rapport aux conditions économiques du mois au cours duquel le coût d'objectif provisoire a été établi et est assorti d'un taux de tolérance inférieur à celui fixé pour ce dernier coût.* ». Son article 5 prévoit : « *I - La rémunération initiale est déterminée en fonction du coût d'objectif définitif, du contenu de la mission et de la complexité de la réalisation. / (...).* ». Aux termes enfin de l'article 6 dudit décret : « *I - Le contrat fixe les modalités de calcul de la rémunération finale à partir de la rémunération initiale par application d'une clause obligatoire d'incitation au respect du coût d'objectif définitif. Cette clause stipule que la sous-estimation ou la surestimation de ce coût, si elle est supérieure à la marge de tolérance définie à l'article 4 ci-dessus, entraîne une diminution de la rémunération initiale. / II - Cette diminution est égale à un pourcentage de la différence entre : / - d'une part, le montant, diminué de la rémunération initiale, du coût toléré maximal ou minimal suivant qu'il y a sous-estimation ou surestimation ; / - d'autre part, le coût des prestations correspondantes, constaté à l'achèvement de la mission. Ce dernier coût est calculé, selon des modalités précisées au contrat, par rapport aux conditions économiques du mois au cours duquel a été établi le coût d'objectif définitif. / III - Le coût constaté résulte, lorsque la mission ne comporte pas le contrôle de l'exécution des ouvrages, du montant des contrats et marchés ultérieurs relatifs à la réalisation de l'ouvrage et, dans le cas contraire, du décompte final de ces contrats et marchés. / IV - Le pourcentage prévu à l'alinéa II est plus élevé en cas de sous-estimation du coût d'objectif définitif. / V. - Lorsque le prestataire s'est engagé sur un coût d'objectif provisoire, la rémunération initiale provisoire est majorée si ce coût d'objectif dépasse le coût d'objectif définitif et diminuée dans le cas contraire. / VI - La majoration ou la diminution est égale à un pourcentage de la fraction de la différence entre ces deux coûts prévisionnels qui n'excède pas la marge de tolérance dont est assorti le coût d'objectif provisoire.* ».

4. L'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties. Dans le cas où le maître de l'ouvrage n'établit pas le décompte général et définitif il appartient à l'entrepreneur, avant de saisir le juge, de mettre celui-ci en demeure d'y procéder. Une fois cette obligation satisfaite, il revient au juge du contrat de statuer sur les réclamations respectives des parties.

5. En l'espèce, la SARL X. Architecture, qui a bien mis en demeure le vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie d'établir un décompte général et définitif, est fondée à soutenir que la pénalité mise à sa charge n'est pas justifiée. En effet, cette pénalité, qui consiste en une diminution de la rémunération initialement prévue, ne peut directement trouver son fondement dans le décret susmentionné du 28 février 1973, qui a été abrogé au 1^{er} juin 1994. Par ailleurs, la convention qui a ici été signée entre les parties, si elle indique à son article 4 que « *la mission de maîtrise d'œuvre comprend une mission complète avec projet (hors dépôt de permis de construire) de type M1, au sens du décret 73-207 du 28 février 1973 et son arrêté d'application du 29 juin 1973 et avec engagement sur le coût des travaux* », s'éloigne néanmoins de ce décret sur deux points. Ainsi, à son article 5, cette convention va au-delà de ce que prescrit le décret du 28 février 1973 - qui n'impose qu'une rémunération initiale forfaitaire -, en ajoutant également que les prix forfaitaires destinés à assurer la rémunération des prestations sont « *fermes et non révisables* ». Et, surtout, si cette convention prend bien soin à son article 7 de fixer un taux de tolérance et de prévoir une clause d'incitation au respect du coût d'objectif définitif, elle ne stipule néanmoins à aucun endroit, comme le requiert pourtant le décret du 28 février 1973, que « *la sous-estimation ou la surestimation de ce coût, si elle est supérieure à la marge de tolérance (...), entraîne une diminution de la rémunération initiale.* ». Dans ces conditions, et en l'absence de toute sanction contractuellement prévue en cas de méconnaissance de cette clause d'incitation, aucune diminution de la rémunération forfaitaire initiale ne pouvait valablement intervenir sur un tel fondement. Il y a en conséquence lieu de prononcer la décharge de l'obligation de payer la somme de 2 293 862 F CFP qui a été prise à l'encontre de la requérante.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

6. Aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative : « *Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution.* / (...). ».

7. En l'espèce, compte-tenu de la nécessité de fixer définitivement le solde du marché en cause et de l'impossibilité pour le présent Tribunal - qui n'était saisi que de contestations très ciblées - de le déterminer lui-même, il y a lieu d'enjoindre au vice-rectorat de procéder à l'établissement d'un décompte général et définitif tenant compte de l'impossibilité de diminuer la rémunération forfaitaire initiale sur le fondement d'une sous-estimation ou d'une surestimation du coût d'objectif définitif. Un délai de trois mois lui sera prescrit pour ce faire.

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

8. Dans les circonstances de l'espèce, une somme de 150 000 F CFP sera mise à la charge de la Nouvelle-Calédonie, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1er : La SARL X. Architecture est déchargée de l'obligation de payer la somme de 2 293 862 F CFP qui a été retenue à son encontre au titre de l'article 7 de la convention n° 05/13/VR/CONV du 22 avril 2013.

Article 2 : Il est enjoint au vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie de procéder, dans le cadre de la convention n° 05/13/VR/CONV du 22 avril 2013 et dans un délai de trois mois à compter de la notification du jugement, à l'établissement d'un décompte général et définitif tenant compte de l'impossibilité de diminuer la rémunération forfaitaire initiale sur le fondement d'une sous-estimation ou d'une surestimation du coût d'objectif définitif.

Article 3 : La Nouvelle-Calédonie versera à la SARL X. Architecture une somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.