

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1300024, 1300203

Société de multiservice international

Mme Legrand
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 10 octobre 2013
Lecture du 30 octobre 2013

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

I) Vu la requête, enregistrée le 25 janvier 2013, sous le n° 1300024, présentée pour la société de multiservice international, dont le siège est (...), par Me Herpe, avocat ; la société de multiservice (SDMS) international demande au tribunal :

- de condamner l'office des postes et télécommunications (OPT) de Nouvelle-Calédonie à lui payer, au titre du solde du marché, la somme de 46 988, 01 euros, assortie des intérêts moratoires de droit ;

- de condamner l'OPT à lui restituer la retenue de garantie d'un montant de 10 604,99 euros à l'expiration du délai contractuellement prévu ;

- de condamner l'OPT à lui payer une somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société soutient que :

- elle a droit au paiement du solde du marché dans la mesure où, d'une part, elle s'est acquittée de ses obligations contractuelles en livrant à l'OPT la totalité des poteaux commandés, traités conformément aux stipulations des cahiers des clauses techniques particulières, d'autre part, l'OPT ne lui a pas notifié dans le délai d'un mois suivant la livraison des poteaux de décision d'admission, d'ajournement, de réfaction ou de rejet, de sorte que cette livraison doit être réputée admise ;

- elle a droit au remboursement de la retenue de garantie à compter du 21 mai 2013, par application des articles 10 et 20 du cahier des clauses administratives particulières ;

Vu la mise en demeure adressée le 19 avril 2013 à l'office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article R. 612-3 du code de

justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 15 mai 2013, présenté pour l'office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie par Me Royanez, avocat, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société SDMS International à lui verser la somme de 300 000 F CFP en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- la requête est irrecevable, dans la mesure où la société ne l'a pas saisi d'un mémoire en réclamation dans le délai d'un mois suivant la naissance du différend, en méconnaissance de l'article 34.1 du cahier des clauses administratives générales ;
- les poteaux livrés étaient enduits d'un excès de créosote entraînant des émanations pestilentielles et les rendant impropres à leur destination ; l'OPT n'est entré en voie transactionnelle que pour tenir compte de la bonne foi de la société ;
- l'absence de caractère certain de la créance empêche le remboursement de la retenue de garantie ;

Vu l'ordonnance en date du 3 juillet 2013 fixant la clôture d'instruction au 5 août 2013, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 15 juillet 2013, présenté pour la société de multiservice international par Me Pichon, avocat, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens et soutient, en outre, que :

- la fin de non recevoir ne saurait être accueillie, dans la mesure où, ainsi que l'a relevé le juge des référés, le non paiement d'une facture, pour lequel il est prévu une procédure particulière, ne peut être regardé comme un différend, au sens de l'article 34.1 du cahier des clauses administratives générales exigeant la présentation d'un mémoire de réclamation préalable ;
- l'OPT ne démontre pas que les poteaux livrés étaient affectés d'un excès de créosote ; la circonstance qu'il ne veuille pas s'en servir ne le dispense pas de l'obligation d'exécuter le contrat conclu et de payer à la société qui les lui a fournis le solde du marché ;

II) Vu la requête, enregistrée le 29 juin 2013, sous le n° 1300203, présentée pour la société de multiservice international, dont le siège est (...), par Me Herpe, avocat ; la société de multiservice (SDMS) international demande au tribunal :

- d'annuler la décision notifiée le 27 février 2013 par laquelle l'office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie a refusé d'admettre les prestations réalisées dans le cadre du lot n° 4, ensemble la décision implicite rejetant son recours gracieux ;

- de condamner l'office des postes et télécommunications à lui verser une somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société soutient que :

- la décision de rejet est tardive à défaut d'avoir été prise, conformément aux stipulations contractuelles, dans le délai d'un mois à compter de la date de livraison ;
- elle a été prise sans procédure contradictoire, en méconnaissance de l'article 21.24.2 du cahier des clauses administratives générales ;
- elle est entachée de détournement de pouvoir et a été prise aux seules fins de faire échec au paiement des sommes qui lui sont dues au titre du lot n° 4 ;

- elle est entachée d'une erreur matérielle sur la date de livraison ;
- elle est entachée d'erreur manifeste d'appréciation dès lors que le motif avancé pour rejeter les prestations est erroné ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 4 septembre 2013, présenté pour l'office des postes et télécommunications par Me Royanez, avocat, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société SDMS International à lui verser la somme de 300 000 F CFP en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- la requête est irrecevable, compte tenu du recours parallèle dont dispose la société SDMS, qu'elle a d'ailleurs introduit, pour obtenir le paiement du solde du marché ; l'acte attaqué concerne directement l'exécution du contrat et relève exclusivement du juge du contrat et non du juge de l'annulation ;
- les moyens tirés de la méconnaissance des stipulations d'un contrat ne peuvent être utilement invoqués comme moyens de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir ;
- la décision n'est pas entachée d'erreur matérielle, la date mentionnée étant celle de la livraison attendue et non de la livraison intervenue ;
- elle n'est pas davantage entachée d'erreur manifeste d'appréciation : les poteaux livrés étaient enduits d'un excès de créosote entraînant des émanations pestilentielles et les rendant impropres à leur destination ; l'OPT n'est entré en voie transactionnelle que pour tenir compte de la bonne foi de la société ;

Vu le mémoire, enregistré le 5 octobre 2013, présenté pour la société SDMS, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

Vu la décision attaquée

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le code civil dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;

Vu le cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services annexé à la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 10 octobre 2013 :

- le rapport de Mme Legrand, rapporteur ;

- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;

- et les observations de Me Pichon, avocat de la société de multiservice (SDMS) International, et de Me Amend-Bockel, avocat de l'OPT ;

1. Considérant que les requêtes susvisées n° 1300024 et n° 1300203 présentées pour la société de multiservices (SDMS) International sont relatives au même marché et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul jugement ;

2. Considérant que l'office des postes et télécommunications (OPT) de Nouvelle-Calédonie a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la fourniture de matériels destinés à mettre en place des infrastructures téléphoniques en câbles multi paires et fibres optiques, répartis en dix lots ; qu'elle a passé un marché avec la société de multiservices (SDMS) International notamment pour le lot n°4 relatif à la fourniture de poteaux téléphoniques en bois traité ; que l'office n'ayant pas payé les prestations que la société prétend avoir exécutées à ce titre, la société l'a attiré devant le juge des référés pour obtenir paiement de la somme de 196 990, 01 euros et a obtenu, par une ordonnance du 8 octobre 2012, sa condamnation au versement de la provision de 150 002 euros ; que, par les deux présentes requêtes, la société SDMS International se plaint, d'une part, de ce que l'office refuse de lui payer le solde de 49 988, 01 euros du marché portant sur le lot n° 4 - et demande la restitution de la retenue de garantie qu'elle a consentie -, d'autre part, de ce qu'il lui a notifié une décision non datée de rejet de ses prestations, implicitement confirmée sur recours gracieux ;

Sur la requête n° 1300203 :

En ce qui concerne la fin de non recevoir opposée par l'OPT :

3. Considérant, en principe, que les actes d'exécution d'un contrat ne sont pas détachables à l'égard des parties et sont, par suite, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir de leur part, en raison du recours parallèle dont elles disposent ; que la décision par laquelle l'administration notifie à son cocontractant la décision de rejeter ses prestations ne peut faire l'objet d'un recours de ce dernier aux seules fins de l'annuler ; qu'il appartient au cocontractant de l'administration d'introduire un recours de plein contentieux tendant au règlement du litige relatif à l'exécution et au paiement des prestations contractuelles ainsi rejetées ;

4. Considérant, en l'espèce, que la société SDMS International est irrecevable à poursuivre, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, l'annulation de la décision de rejet de ses prestations, confirmée sur recours gracieux, alors qu'elle peut former, et a introduit, un recours de plein contentieux en vue d'obtenir le paiement de l'intégralité des prestations, objets de la décision de rejet contestée ;

5. Considérant que la fin de non recevoir opposée par l'OPT doit être accueillie et la requête n° 1300203 rejetée comme irrecevable ;

En ce qui concerne les conclusions présentées en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

6. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées tant par la société SDMS International que par l'OPT en remboursement des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

Sur la requête n° 1300024 :

En ce qui concerne la fin de non recevoir opposée par l'OPT :

7. Considérant que l'OPT reproche à la société SDMS International de ne pas lui avoir adressé son mémoire de réclamation dans le délai prescrit par l'article 34.1 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services ;

8. Considérant qu'aux termes du 34.1 du cahier des clauses administratives générales : *« Tout différend entre le titulaire et la personne responsable du marché doit faire l'objet de la part du titulaire d'un mémoire de réclamation qui doit être communiqué à la personne responsable du marché dans le délai de trente jours compté à partir du jour où le différend est apparu »* ; et qu'aux termes de l'article 9 du cahier des clauses administratives particulières applicable au marché en cause : *« Pour chaque lot, tous les mandatements au titulaire seront effectués dans un délai de 45 jours par virement sur son compte bancaire indiqué à l'acte d'engagement, à compter de la date de réception de la facture envoyée après transfert de propriété des fournitures commandées, c'est-à-dire après établissement du procès-verbal de réception des fournitures »* ;

9. Considérant, en tout état de cause, qu'il résulte de l'instruction que la société SDMS a établi le 9 janvier 2012 les deux factures correspondant à la commande des poteaux téléphoniques objets du lot n°4 avant que les livraisons effectives ne soient intervenues, puisque les poteaux n'ont été livrés à quai à Nouméa que les 24 février et 2 mars 2012 ; qu'en l'absence de procès-verbal de réception des fournitures emportant transfert de propriété desdits poteaux au profit de l'OPT, le délai de mandatement dont l'expiration était susceptible de révéler un différend en cas de non paiement des deux factures ne pouvait courir, au plus tôt, qu'à compter des livraisons effectives et respectivement jusqu'aux 9 et 15 avril 2012 ; que le non paiement à ces dates par l'OPT des factures envoyées par la société SDMS trahit la naissance d'un différend entre les parties nécessitant de la part de la société l'envoi d'un mémoire en réclamation dans le délai de 30 jours suivant celle-ci ; qu'en adressant le 16 avril 2012 une lettre recommandée avec accusé de réception à l'OPT, la société SDMS, qui y a exposé de manière précise et détaillée son chef de contestation, doit être regardée comme ayant communiqué, dans le délai requis, le mémoire en réclamation préalable nécessaire avant toute action contentieuse ; qu'il s'ensuit que la fin de non recevoir opposée par l'OPT et tirée de la tardiveté de la requête n° 1300024 ne saurait être accueillie ;

En ce qui concerne les conclusions en paiement du solde du marché :

10. Considérant que 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 ; que ce compte inclut, au profit de l'entreprise, la rémunération de ses travaux et, à sa charge, s'il y a lieu, le coût de la réparation des malfaçons qui lui sont imputables ; qu'il appartient au juge du contrat, en l'absence de décompte général devenu définitif, de statuer sur les réclamations pécuniaires présentées par chacune des deux parties et de déterminer ainsi le solde de leurs obligations contractuelles respectives ;

11. Considérant que, pour demander la condamnation de l'office des postes et télécommunications au paiement du solde du lot n° 4, la Société SDMS International soutient qu'elle lui a livré 1 120 poteaux en bois traité de 7 mètres et 1 400 poteaux en bois traité de 8 mètres pour un montant de 212 000 euros, ramené à 196 990,01 euros, et que cette somme n'a pas été réglée dans son intégralité – 46 988, 01 euros restant dus -, alors qu'elle s'est acquittée de toutes ses obligations contractuelles ;

12. Considérant qu'aux termes de l'article 20.3 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de fournitures courantes et de services : « *Les opérations de vérification... sont exécutées par la personne responsable du marché dans les conditions prévues à l'article 21 ci-après. Le délai qui lui est imparti pour y procéder et notifier sa décision est, sauf stipulation contraire, de quinze jours. – Pour les vérifications qui d'après le marché sont effectuées dans les établissements du titulaire, le point de départ du délai est la date à laquelle le titulaire signale que... la totalité des fournitures ou services est prête à être vérifiée. Pour les vérifications effectuées en tout autre lieu, le point de départ du délai est la date de la livraison...* » ; que l'article 21.21 dudit cahier dispose que : « *À l'issue des opérations, de vérification, la personne responsable du marché prend une décision expresse d'admission, d'ajournement, de réfaction ou de rejet. Passé le délai prévu au 3 de l'article 20 ci-dessus, la décision d'admission des fournitures ou des services est réputée acquise* » ; que l'article 21.22 du même cahier précise que : « *Les décisions d'admission avec ou sans réfaction sont prises sous réserve des vices cachés* » ; que l'article 19 du cahier des clauses administratives particulières porte, par dérogation à l'article 20 précité, le délai de vérification à un mois ;

13. Considérant que la décision d'admission est l'acte par lequel la personne responsable du marché déclare accepter le bien livré avec ou sans réfaction ou encore avec ou sans ajournement et met fin aux rapports contractuels avec son fournisseur en ce qui concerne l'état du bien livré, sous réserve de l'application des garanties contractuelles et de la garantie des vices cachés prévue par les principes dont s'inspire l'article 1641 du code civil ; qu'il en va de même lorsque, en application des stipulations précitées de l'article 21.21 du cahier des clauses administratives générales, la décision d'admission résulte de l'expiration du délai de vérification ;

14. Considérant, en l'espèce, que, si l'obligation de production de certificats phytosanitaires ne résultait pas des pièces du marché mais de la réglementation locale, leur production tardive a été de nature à repousser le point de départ du délai d'un mois accordé à l'office des postes et télécommunications pour effectuer les opérations de vérification de la livraison des poteaux ; qu'il résulte de l'instruction que les livraisons de certains poteaux, arrivées au port de Nouméa respectivement les 24 février et 3 mars 2012, n'ont pu quitter celui-ci et faire l'objet d'une vérification que le 20 mars 2012 ; que cette date doit être regardée comme constituant le point de départ du délai de vérification de tous les poteaux ; que ce délai a pris fin le 20 avril 2012 ; qu'à cette date, l'office des postes et télécommunications n'avait notifié à la société requérante aucune décision expresse d'admission, d'ajournement, de réfaction ou de rejet des fournitures ; que, dès lors, la décision d'admission de l'ensemble des poteaux doit, en application des stipulations précitées, être réputée acquise à la date du 21 avril 2012 et le transfert de propriété réalisé à cette date ; que l'office des postes et télécommunications ne saurait utilement se prévaloir de la décision datée du 20 février 2013 portant rejet des prestations du lot n° 4 qui a été prise et notifiée à la société SDMS au-delà de cette date ;

15. Considérant que, pour justifier sa décision de ne pas acquitter le solde du marché, l'office des postes et télécommunications soutient que les poteaux livrés étaient impropres à leur destination en raison de l'excès de créosote qu'ils comportaient et des risques importants pour la santé qu'ils présentaient ;

16. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le courriel du gestionnaire de copropriété du centre d'affaires de Ducos en date du 29 mars 2012 se plaignant de « *l'odeur nauséabonde voire même irritante* » provenant des bois entreposés dans le centre d'approvisionnement de l'OPT et l'indication dans le procès verbal dressé par un huissier de justice le 6 avril 2012 de son équipement d'un « *masque à gaz* » par le représentant de l'OPT font présumer les exhalations désagréables des poteaux de bois traités ; que l'OPT ne démontre,

cependant, ni que cette imprégnation rendait, à elle seule, les poteaux de bois impropres à leur destination, ni que le traitement qu'ils ont subis ne correspondait pas aux préconisations des cahiers des clauses techniques particulières (CCTP) qui exigeaient en leurs articles 3 aussi bien pour les poteaux de 7 mètres que pour ceux de 8 mètres le même « *traitement H4 (pour l'extérieur et en pleine terre) des bois en profondeur (3 cm minimum) par créosote fluide sur toute la longueur. Les autres types de traitement aux sels métalliques... ne sont pas acceptés* » ; qu'en particulier, alors que l'huissier de justice avait constaté le 6 avril 2012 le prélèvement, sur l'aire de stockage du centre d'approvisionnement de l'OPT, de neuf échantillons sur des poteaux créosotés « *aux fins d'éventuelles analyses* », l'office ne fait état d'aucune étude scientifique permettant d'établir la non conformité du traitement subi par les poteaux de bois aux préconisations contractuelles ; que la seule non conformité avérée aux pièces du marché des prestations réalisées par la société SDMS – consistant dans le choix de conteneurs fermés au lieu d'ouverts par le haut comme requis par les CCTP – a donné lieu, de la part, de la société à une réfaction du prix des prestations demandé afin de tenir compte des frais de déchargement supplémentaires nécessités par le conditionnement des poteaux ;

17. Considérant que l'OPT échouant à établir le non respect par la société SDMS des stipulations contractuelles qui s'imposaient à elle, il y a lieu de condamner l'office à verser à la société requérante la somme de 46 988, 01 euros au titre du solde du marché du lot n° 4 ;

18. Considérant qu'aux termes de l'article 72 de la délibération susvisée du 1^{er} mars 1967 : « *I. Les intérêts moratoires sont calculés sur le montant des droits à acomptes, ou à paiement par solde à un taux égal au taux de l'intérêt légal en matière commerciale en vigueur sur le territoire majoré de deux points...* » ; qu'aux termes de l'article 8.4 du cahier des clauses administratives générales : « *Le mandatement de la somme arrêtée doit intervenir conformément aux dispositions de l'article 71 de la délibération n° 136 susvisée* » ; et qu'aux termes de l'article 8.5 dudit cahier : « *Le défaut de mandatement dans le délai indiqué au 4 du présent article fait courir de plein droit les intérêts moratoires calculés dans les conditions réglementaires depuis le jour qui suit l'expiration du délai susmentionné.* » ;

19. Considérant qu'il y a lieu d'assortir la somme de 46 988, 01 euros que l'OPT est condamné à verser à la société SDMS des intérêts dans les conditions prévues par l'article 72 de la délibération du 1^{er} mars 1967 et l'article 8 du cahier des clauses administratives générales ;

En ce qui concerne les conclusions en restitution de la retenue de garantie :

20. Considérant qu'aux termes de l'article 10 du cahier des clauses administratives particulières : « *Une retenue de garantie de 5% sera appliquée sur chaque règlement. Cette retenue de garantie sera restituée au titulaire dans le délai d'un mois suivant l'expiration du délai de garantie prévu à l'article 20 suivant pour autant qu'il ait rempli ses obligations et si pendant ce délai aucune anomalie majeure n'a été constatée...* » ; et qu'aux termes de l'article 20 dudit cahier : « *Le titulaire s'engage à remédier à tout vice de fonctionnement provenant d'un défaut dans la conception, les matières ou la fabrication du matériel, dans la limite des dispositions ci-après. Cet engagement ne s'applique qu'aux vices qui se seront manifestés pendant la période de garantie dont la durée est de 12 mois à compter de la date de signature du procès-verbal de réception sans pouvoir excéder 24 mois à compter de la date de livraison des fournitures à Nouméa. Pour pouvoir invoquer le bénéfice de cet article, l'office doit aviser par écrit le titulaire au sujet des vices qui se sont manifestés, dans les quinze jours suivant leur constatation. Il doit lui donner toute facilité pour procéder à la constatation de ceux-ci et y porter remède...* » ;

21. Considérant, en l'espèce, qu'ainsi qu'il a été dit plus haut, en l'absence de procès-verbal de réception des fournitures et de notification par l'office, dans le délai de vérification des livraisons, d'une décision expresse d'admission, d'ajournement, de réfaction ou de rejet des fournitures, la décision d'admission de l'ensemble des poteaux doit être réputée acquise à la date du 21 avril 2012 et le transfert de propriété réalisé à cette date ; que le délai de garantie, qui est en principe de 12 mois à compter de la date de signature du procès-verbal de réception des fournitures est repoussé, en l'absence d'un tel procès-verbal, à 24 mois à compter de la date de livraison des fournitures à Nouméa ; que, toutefois, l'office affirme dans son mémoire en défense avoir détruit les poteaux commandés ; que compte tenu de leur disparition, l'office n'est plus susceptible de continuer à faire jouer la garantie contractuellement prévue jusqu'à l'expiration du délai de 24 mois suivant la date de livraison des fournitures à Nouméa ; qu'il suit de là que la société SDMS est fondée à réclamer le remboursement de la retenue de garantie qu'elle a constituée dans le cadre du marché du lot n° 4 ; qu'il y a lieu de condamner l'OPT à lui verser la somme de 10 604, 99 euros correspondant à la restitution de la retenue de garantie ;

En ce qui concerne les conclusions présentées en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative :

22. Considérant que la société SDMS, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, ne saurait être condamnée à verser à l'OPT la somme que celui-ci réclame en remboursement de ses frais de procès ;

23. Considérant, en revanche, qu'il y a lieu de condamner l'OPT à verser à la société SDMS la somme de 3000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête n° 1300203 présentée par la société de multiservice international est rejetée.

Article 2 : L'office des postes et télécommunications est condamné à verser à la société de multiservice international une somme de 46 988, 01 euros, assortie des intérêts dans les conditions précisées dans les motifs ci-dessus.

Article 3 : L'office des postes et télécommunications est condamné à verser à la société de multiservice international une somme de 10 604, 99 euros.

Article 4 : L'office des postes et télécommunications versera à la société de multiservice international la somme de 3000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions de l'OPT présentées en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.