

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1700259

Société BALINEAU

M. Briquet
Rapporteur

M. Schnoering
Rapporteur public

Audience du 15 février 2018
Lecture du 27 février 2018

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 26 juillet et 8 novembre 2017, la société Balineau, représentée par Me Neveu, demande au Tribunal :

1°) d'annuler la décision implicite de rejet, née le 7 juin 2017 du silence gardé par le port autonome de Nouvelle-Calédonie sur la demande de notification d'un décompte général qu'elle avait présentée le 23 mars 2017 et qui avait été reçue par ledit port le 7 avril 2017 ;

2°) de condamner le port autonome de Nouvelle-Calédonie à lui verser une somme de 282 696 784,75 F CFP, majorée des intérêts moratoires à compter du 10 janvier 2013, en réparation des préjudices résultant de la résiliation, et une seconde somme de 318 154 976,80 F CFP, majorée des intérêts moratoires à compter du 18 juillet 2013, en remboursement du coût des prestations déjà exécutées au moment de la résiliation du marché ;

3°) de prononcer la capitalisation de l'ensemble des intérêts dus depuis au moins une année entière ;

4°) de mettre à la charge du port autonome de Nouvelle-Calédonie une somme de 15 000 euros, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- par son recours, elle se contente de tirer les conséquences de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 29 avril 2016, qui est exécutoire de plein droit sans attendre l'issue du pourvoi déposé à son encontre ;

- le marché ayant été résilié pour des motifs d'intérêt général, aucune faute ne saurait lui être reprochée ;

- elle a droit à la réparation de l'intégralité de son préjudice, ce qui inclut tant la compensation de la perte subie que celle du gain manqué ; en conséquence, la circonstance qu'un nouveau marché ait été ultérieurement conclu ne peut affecter le montant de l'indemnité qui lui est due au titre du marché résilié, et ce d'autant moins que ce nouveau marché a lui-même été résilié à compter du 25 mars 2016 ;

- à la date de la résiliation, elle avait déjà effectué les tâches qui lui étaient imparties au titre de la préparation du chantier.

Par un mémoire en défense, enregistré le 17 octobre 2017, le port autonome de Nouvelle-Calédonie, représenté par Me Louzier, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 400 000 F CFP soit mise à la charge de la société Balineau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que le principe d'unité des procédures fait obstacle à ce que la société Balineau tente d'obtenir, devant le tribunal de céans, le même jugement de l'affaire au fond que celui qui pourrait lui être apporté en cas de succès de son pourvoi par les dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

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 ;

- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;

- 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 M. Schnoering, rapporteur public,

- et les observations de Me Marie, avocat postulant de la société Balineau et, de Me Louzier, avocat du port autonome de la Nouvelle-Calédonie.

Une note en délibéré présentée par la Me Neveu avocat de la société Balineau a été enregistrée le 21 février 2018.

Considérant ce qui suit :

1. Le 20 février 2012, le port autonome de Nouvelle-Calédonie (PANC) a confié les quatre lots du marché public de travaux n° 3530-50/P, relatif à la construction du poste 8 en prolongement du grand quai du port de Nouméa, à un groupement conjoint composé des sociétés Balineau, Infratech, ETB et de la société Interoute Nouvelle-Calédonie (IRNC), cette dernière étant par ailleurs le mandataire du groupement, pour un montant de 2 720 637 853 F CFP HT. Les sociétés Infratech, IRNC et Balineau étaient cotraitantes titulaires du lot n° 1 relatif à la structure de quai et à l'ouvrage de génie civil, la société Balineau seule titulaire du lot n° 2 relatif à la protection anti-corrosion, les sociétés IRNC et ETB cotraitantes titulaires du lot n° 3 relatif au dragage et au terrassement, et la société IRNC seule titulaire du lot n° 4 relatif aux travaux de voiries et des réseaux divers.

2. Le 22 février 2012, le PANC a notifié au groupement l'ordre de démarrage des travaux comprenant une période de préparation de trois mois. Le 10 mai 2012, la société IRNC a informé le PANC de sa défaillance au titre du lot n° 3 tandis que la société ETB connaissait elle aussi de graves difficultés financières. Par deux ordonnances du 4 juin 2012, le tribunal mixte de commerce de Nouméa a ouvert deux procédures de redressement judiciaire à l'égard des sociétés IRNC et ETB. Le 1^{er} août 2012, le PANC a déclaré la société IRNC défaillante à assurer le démarrage des travaux et son rôle de mandataire. Il a en conséquence invité les autres membres du groupement, dans un délai de dix jours, à procéder à la désignation d'un nouveau mandataire et à lui proposer « *une nouvelle répartition des travaux entre les membres du groupement compatible avec la poursuite du marché, dans le strict respect des clauses de ce dernier, en particulier de ses prix unitaires* ». Le 10 août 2012, la société Balineau a proposé d'être le mandataire d'un groupement réduit et a fait part des différentes solutions juridiques permettant de réaliser les prestations des sociétés IRNC et ETB, en précisant néanmoins que le montant global du marché s'élèverait alors à 3 090 000 000 F CFP HT.

3. Par deux ordonnances du 14 septembre 2012, le tribunal mixte de commerce de Nouméa a prononcé, sur le fondement des articles L. 622-13 et L. 622-14 du code de commerce, la résiliation partielle du marché n° 3530-50/P en tant, d'une part, que celui-ci confiait à la société IRNC l'exécution des travaux prévus aux lots n° 1 et n° 3 et, d'autre part, qu'il attribuait à la société ETB l'exécution des travaux prévus au lot n° 3. Après que le conseil d'administration du PANC eut décidé, le 10 octobre 2012, de résilier le marché dans son ensemble, le directeur du PANC a notifié au groupement la résiliation de ce marché par un ordre de service du 8 novembre 2012.

4. Le 26 novembre 2012, la société Balineau a contesté la régularité et le bien-fondé de cette résiliation. Le 28 juillet 2013, elle a transmis son projet de décompte final du marché résilié ainsi qu'un mémoire de réclamation tendant à la réparation des préjudices subis en raison de cette résiliation. Devant le silence gardé par le PANC, elle a ensuite mis en demeure ce dernier de lui notifier le décompte général de ce marché. Le 27 décembre 2013, le maître d'œuvre du projet a rejeté cette demande et a sollicité la société IRNC afin qu'elle lui notifie le projet de décompte final du groupement. Le 9 janvier 2014, la société IRNC a transmis au maître d'œuvre le projet de décompte final du groupement. Le PANC n'a cependant établi aucun décompte général de résiliation de marché.

5. Le 22 janvier 2013 et le 28 mars 2014, la société Balineau a formé trois recours devant le présent tribunal qui ont été enregistrés sous les n°s 1300020, 1400129 et 1400131. Le premier de ces recours, présenté en 2013, tendait à la reprise des relations contractuelles, tandis que les deux autres, déposés en 2014, visaient à la condamnation du PANC à lui verser d'une part une somme de 1 686 063,74 euros HT au titre du décompte de résiliation et d'autre part un montant de 2 369 000 euros HT en réparation de l'ensemble des préjudices résultant de la résiliation dudit marché. Ces recours ont été rejetés le 3 avril 2014 et le 19 février 2015 par des jugements n° 1300020, 1400129 et 1400131, qui ont tous été confirmés en appel par un arrêt n° 14PA02900 et 15PA01975 de la cour administrative d'appel de Paris du 29 avril 2016. Ce dernier arrêt fait actuellement l'objet d'un pourvoi encore pendant devant le Conseil d'Etat.

6. Sans attendre l'issue de ce pourvoi, la société Balineau a tiré les conséquences des motifs de l'arrêt d'appel - lequel indique à ses considérants 18 et 21 que l'indemnisation des frais d'installation de chantier doit être réglée non pas, comme cela a été fait, par référence aux coûts réellement engagés, mais en fonction des montants forfaitaires prévus par le bordereau de prix unitaires - et a d'abord transmis le 15 décembre 2016 au PANC un nouveau projet de décompte final dans lequel les frais d'installation sont calculés par référence à ces montants forfaitaires,

avant de le mettre à nouveau en demeure, par un courrier du 23 mars 2017 reçu le 7 avril 2017, de lui notifier le décompte général du marché. Le PANC, qui avait déjà indiqué le 31 janvier 2017 ne pas bien comprendre les raisons de l'envoi d'un nouveau projet de décompte final, n'a pas réagi à cette mise en demeure. La société Balineau a alors introduit le présent recours qui, s'il contient à titre liminaire des conclusions à fin d'annulation de la décision implicite de rejet de la demande de notification d'un décompte général, annulation que le juge des contestations relatives aux marchés de travaux publics n'a en tout état de cause pas le pouvoir de prononcer, doit être regardé compte-tenu du caractère formel et manifestement irrecevable de telles conclusions comme tendant exclusivement à la condamnation du PANC à lui verser une première somme de 282 696 784,75 F CFP en réparation des préjudices résultant de la résiliation, et une seconde somme de 318 154 976,80 F CFP en remboursement du coût des prestations déjà exécutées au moment de la résiliation du marché.

Sur l'exception de recours parallèle :

7. Le PANC soutient en défense que le principe d'unité des procédures fait obstacle à ce que la société Balineau tente d'obtenir, devant le tribunal de céans, le même rejugement de l'affaire au fond que celui qui pourrait lui être apporté en cas de succès de son pourvoi par les dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, qui prévoient que : « *s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. / (...)* ». Toutefois, le présent recours de la société Balineau n'a pas pour objet de contourner la procédure de pourvoi. Il porte sur l'indemnisation d'un montant différent, qui a été calculé en tenant compte des motifs de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 29 avril 2016, lequel est exécutoire de plein droit sans attendre l'issue du pourvoi déposé à son encontre, conformément à l'article L. 11 du code de justice administrative qui rappelle le caractère exécutoire des décisions rendues par les juridictions administratives. L'exception de recours parallèle ainsi soulevée ne peut dans ces conditions qu'être écartée.

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

Sur les préjudices relatifs au manque à gagner, à la perte du crédit d'impôt à la suite d'investissements non réalisés et à l'absence de couverture des frais généraux :

8. En l'espèce la résiliation du marché a été prononcée pour un motif d'intérêt général, ayant été décidée en raison d'une part de l'impossibilité, après la défaillance de deux des sociétés du groupement, les sociétés IRNC et ETB, de poursuivre en l'état l'exécution du marché avec les entreprises restantes, et d'autre part du fait qu'il semblait préférable au regard des principes de transparence et d'égalité d'accès à la commande publique de confier le marché à un nouveau groupement après un nouvel appel d'offre plutôt que de poursuivre dans des conditions plus onéreuses l'exécution du marché en cours avec un ensemble disparate composé des entreprises restantes auxquelles se seraient pour la circonstance adjointes d'autres entreprises en remplacement des sociétés défaillantes. En conséquence de l'existence de ce motif d'intérêt général, la société Balineau dispose bien en principe du droit d'être indemnisée du préjudice résultant de cette résiliation.

9. Toutefois, ainsi que l'a estimé la cour administrative d'appel de Paris dans son arrêt du 29 avril 2016 par un raisonnement qu'il convient en grande partie de se réapproprier, aucune

réparation ne saurait ici être accordée à ce titre, dans la mesure où une indemnisation conduirait en l'espèce à un enrichissement sans cause au profit de la société Balineau, enrichissement qui serait contraire au principe selon lequel une personne publique ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas.

10. En effet, la résiliation du marché n° 3530-50/P a conduit le PANC à lancer en juillet 2013 et en janvier 2014 une consultation en vue de la passation d'un marché ayant le même objet. Si ce nouveau marché a été conclu, non pas avec la société Balineau, mais avec la société Dumez-GTM-Nouvelle-Calédonie, il n'en demeure pas moins que la société Balineau a été acceptée et agréée par le PANC en qualité de sous-traitant au titre de ce nouveau marché, pour un montant de 1 669 385 953 F CFP HT. Dans le cadre de ce nouveau marché, auquel a été donné le n° 3530/241/P, les prestations que devait accomplir la société requérante étaient, pour l'essentiel, identiques à celles qui lui avaient été confiées au titre du marché n° 3530-50/P. Et la société Balineau n'établit ni même n'allègue, pas plus devant le présent tribunal que devant la cour administrative d'appel en 2016, que le bénéfice qu'elle était susceptible de réaliser au titre de ces prestations identiques aurait été minoré par rapport à celui qu'elle a évalué pour le marché n° 3530-50/P, qu'elle aurait définitivement perdu le crédit d'impôt qui serait attaché aux investissements réalisés ou que ces nouvelles prestations ne lui auraient pas permis de couvrir ses frais généraux.

11. Par ailleurs, il résulte tant du courrier du président du PANC du 31 janvier 2017 que du mémoire en défense déposé par le PANC dans le cadre du pourvoi pendant devant le Conseil d'Etat que si ce marché n° 3530/241/P a été résilié à compter du 25 mars 2016 par un arrêt n° 15PA02655 du même jour, ainsi que le relevait déjà la cour administrative d'appel de Paris dans son arrêt du 29 avril 2016, postérieurement à cet arrêt du 29 avril 2016 a été conclue en juin 2016 une transaction entre le PANC et la société Dumez-GTM-Nouvelle-Calédonie afin de régler les conséquences de l'annulation du marché n° 3530/241/P et d'indemniser le manque-à-gagner pour les membres du nouveau groupement ainsi que pour les sous-traitants. Ici encore, la société Balineau, qui est censée avoir été indemnisée dans ce cadre, ne produit aucun élément permettant de prouver qu'elle n'aurait en réalité reçu aucune réparation ou, à tout le moins, qu'elle aurait reçu une réparation insuffisante. Dans ces conditions et ainsi qu'il a été dit, en l'absence de tout commencement de preuve de nature à démontrer que les retombées positives de la résiliation du marché n° 3530-50/P n'auraient pas ici pleinement compensé les préjudices dont la réparation est demandée, il doit être considéré qu'aucune indemnisation ne pourrait être attribuée à la société Balineau sans créer à son profit un enrichissement sans cause.

Sur les frais de transport, de matériel, de personnel et de consommables liés à la préparation du chantier :

12. La société Balineau a présenté, dans le cadre du présent recours et à la différence notamment de la situation prévalant lorsque la cour administrative d'appel avait statué, une demande dont le montant a été calculé par référence aux montants forfaitaires prévus par le bordereau de prix unitaires. Il y a lieu de l'examiner.

En ce qui concerne le poste 1.1 du lot 1, « études d'exécutions » :

13. Aux termes de l'article 10.2 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux annexé à la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 : « 11.2. Travaux à l'entreprise : / (...) / 11.22. Dans le cas d'application d'un prix forfaitaire, le prix est dû dès lors que l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'ensemble de prestations auquel il se rapporte a été exécuté ; (...) ».

14. En vertu du bordereau de prix unitaires, le poste « *études d'exécution* », qui correspond à un forfait de 26 252 983 F CFP HT, « *rémunère les frais d'étude et de travaux topographiques pour l'exécution des ouvrages de quai et de génie civil* ». En l'espèce, la société Balineau fait valoir dans ses écritures que les études d'exécution avaient été réalisées « *à hauteur de 60 %* ». L'ensemble des prestations n'ayant ainsi pas été exécuté, aucun prix ne peut être dû à ce titre par application de l'article 10.2 susmentionné. De surcroît, il résulte des débats à l'audience publique que cette partie des études déjà réalisée a été réutilisée dans le cadre du marché n° 3530/241/P. Elle ne pourrait dès lors et en tout état de cause donner lieu à aucune indemnisation sans créer d'enrichissement sans cause, en l'absence ici de tout commencement de preuve de nature à permettre d'écarter l'existence d'un tel enrichissement.

En ce qui concerne le poste 1.2 du lot 1, « installation de chantier » :

15. Le poste « *installation de chantier* », qui correspond à un forfait de 19 782 070 F CFP HT, « *rémunère forfaitairement tous les frais de préparation et d'installation nécessaires à l'exécution des travaux tous lots confondus, hors plus-value pour installations spécifiques des lots 2, 3 et 4 rémunérés par des prix sur chacun de ces lots* ». En l'espèce, la société Balineau doit être regardée comme établissant, par sa production n° 28 et les comptes rendus de chantier n° 24 et n° 25 des 17 et 28 août 2012 qu'elle transmet et qui n'ont donné lieu à aucune contestation en défense, avoir apporté plusieurs grues, des pontons, une barque de liaison, les outils nécessaires pour assurer l'exécution des travaux, une cuve à gasoil et deux containers. Dans ces conditions, l'ensemble des prestations doit être considéré comme exécuté. L'intéressée a dès lors droit à l'intégralité du prix forfaitaire prévu par le bordereau de prix unitaires, soit un montant de 19 782 070 F CFP HT.

En ce qui concerne le poste 2.1 du lot 1, « Installation, y compris atelier maritime sur barge » :

16. Le poste « *Installation, y compris atelier maritime sur barge* », qui correspond à un forfait de 406 921 240 F CFP HT, « *rémunère l'installation de l'atelier, et comprend les frais d'amenée, d'installation et de repli des matériels et installations nécessaires à l'exécution des travaux de fondations profondes* ». En l'espèce, la société Balineau n'établit pas que l'atelier maritime sur barge aurait été monté, ni même ne démontre en l'état la matérialité de son préjudice en ne produisant que des pièces qui ne permettent pas, en elles-mêmes et en l'absence d'explications suffisantes de la part de l'intéressée, de déterminer quelles étaient, parmi les installations et matériels qu'elle a fait venir de métropole, celles et ceux qui étaient spécifiquement destinés à l'exécution des travaux de fondations profondes et qui n'ont ainsi pas été indemnisés au titre d'un autre poste. Dans ces conditions, l'ensemble des prestations ne peut en aucun cas être regardé comme ayant été exécuté. Aucun prix ne peut dès lors être dû à ce titre conformément à l'article 10.2 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché en litige.

En ce qui concerne le poste 1.2 du lot 2, « Installation de chantier » :

17. Le poste « *Installation de chantier* », qui correspond à un forfait de 596 659 F CFP HT, « *rémunère forfaitairement tous les frais de préparation et d'installation nécessaires à l'exécution des travaux des lots 1 et 2* » et en particulier « *tous les frais de location éventuelle, d'amenée sur site, de mise en place, d'exploitation et d'entretien, de toutes les installations et de tous les matériels nécessaires à l'exécution des travaux du lot, y compris tous frais de transports maritimes et terrestres* ». En l'espèce, il est établi, notamment par la production n° 18 de la requérante, que celle-ci a fait transporter son matériel en bateau depuis

Bordeaux. L'ensemble des prestations doit être regardé comme ayant été exécuté. La société Balineau a en conséquence droit à l'intégralité du prix forfaitaire, soit ainsi qu'il a été dit 596 659 F CFP HT.

18. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le PANC doit être condamné à verser à la société requérante une somme totale de 20 378 729 F CFP HT, en réparation des frais de transport, de matériel, de personnel et de consommables liés à la préparation du chantier.

Sur les intérêts et sur la capitalisation des intérêts :

19. Aux termes d'une part de l'article 71 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics : « *A compter du 31 mars 2017, le délai de mandatement d'un marché public, acomptes et solde, ne peut excéder 36 jours. Ce délai est ramené à 30 jours à compter du 1^{er} janvier 2018. / (...)* ». Aux termes d'autre part de l'article 72 de cette même délibération : « *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. / (...)* ».

20. En l'espèce, la créance de la société Balineau n'est devenue certaine qu'à la date du présent jugement. La société requérante aura en conséquence droit aux intérêts moratoires calculés conformément aux dispositions de l'article 72 de la délibération susmentionnée, à compter de l'expiration d'un délai de trente jours après la notification dudit jugement. La capitalisation des intérêts ne peut quant à elle qu'être rejetée, ces intérêts n'ayant pas encore commencé à courir.

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

21. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société requérante, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que le PANC demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens. Il y a par contre lieu de mettre à la charge dudit PANC une somme de 150 000 F CFP au titre des frais exposés par la société Balineau et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le port autonome de Nouvelle-Calédonie est condamné à verser une somme de 20 378 729 F CFP HT (vingt millions trois cent soixante-dix-huit mille sept cent vingt neuf francs pacifiques hors taxe) à la société Balineau. Cette somme portera intérêts moratoires à compter de l'expiration d'un délai de trente jours après la notification du présent jugement.

Article 2 : Le port autonome de Nouvelle-Calédonie versera à la société Balineau une somme de 150 000 F CFP (cent cinquante mille francs pacifiques) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : Les conclusions présentées par le port autonome de Nouvelle-Calédonie sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.