

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE PARIS**

N° 21PA06640

SOCIETE NOUVELLE LAITERIE DE LA
MONTAGNE (SNLM)
c / Etablissement national des produits de
l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer)

Mme Bonifacj
Présidente

M. Niollet
Rapporteur

Mme Naudin
Rapporteure publique

Audience du 13 février 2024
Décision du 5 mars 2024

18-03-02-01-01
39-03-01-02-01
39-03-03-01
39-04-01
39-05-02
39-08-03-02
C

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Nouvelle Laiterie de la Montagne (SNLM) a demandé au tribunal administratif de Montreuil :

1°) d'annuler les quatre titres de perception émis les 20 et 27 novembre 2018 par lesquels l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) a mis à sa charge les sommes de 178 579,94 euros et 21 540,99 euros au titre des pénalités de non-exécution de son obligation contractuelle de livraison de denrées alimentaires ;

2°) par voie de conséquence, de la décharger de l'obligation d'acquitter ces pénalités.

Par un jugement n° 1900292 du 28 octobre 2021, le tribunal administratif de Montreuil a rejeté sa demande.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La Cour administrative d'appel de Paris

(6^{ème} Chambre)

Procédure devant la Cour :

Par une requête, enregistrée le 27 décembre 2021, la société SNLM, représentée par Me Poisson, demande à la Cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Montreuil du 28 octobre 2021 ;

2°) d'annuler les quatre titres de perception émis les 20 et 27 novembre 2018, mentionnés ci-dessus ;

3°) de mettre à la charge de l'établissement public FranceAgriMer une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les titres de perception émis le 27 novembre 2018 sont illégaux dès lors qu'ils font double-emploi avec ceux émis le 20 novembre précédent, qui n'ont pas été retirés ;
- les titres de perception émis le 20 novembre 2018 n'étant pas signés, contrairement aux prévisions de l'article L. 212-1 du code des relations entre le public et l'administration et de l'article 10 du décret du 7 novembre 2012, le tribunal administratif n'aurait pas dû rejeter ses conclusions dirigées contre ces titres comme irrecevables, mais aurait dû les annuler ;
- le signataire des titres de perception émis le 27 novembre 2018 n'avait pas compétence pour établir ces titres qui relevaient de l'unité « suites de contrôle et coordination communautaire » ;
- les pénalités présentaient un caractère manifestement excessif ; le jugement du tribunal administratif est entaché d'une contradiction de motifs sur ce point ;
- le contrat conclu avec FranceAgriMer était entaché d'un vice d'une particulière gravité en ce qu'il ne comportait pas de clause de révision des prix, en méconnaissance de l'article 18 du code des marchés publics ; le jugement du tribunal administratif est entaché d'une contradiction de motifs sur ce point ;
- elle n'a pu exécuter l'intégralité du contrat en raison d'une situation de force majeure causée par l'augmentation considérable du cours mondial du thon.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 11 mai 2022 et le 27 octobre 2023, l'établissement public FranceAgriMer, représenté par Me Alibert, conclut au rejet de la requête, et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société SNLM sur le fondement de l'article L. 761 1 du code de justice administrative.

Il soutient que les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Par deux mémoires en réplique, enregistrés le 20 juillet 2022 et le 8 décembre 2023, la société SNLM conclut aux mêmes fins que la requête, par les mêmes moyens.

Par une ordonnance du 11 décembre 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 15 janvier 2024.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code civil ;
- le code rural et de la pêche maritime ;
- le code des marchés publics ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique ;
- 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. Niollet,
- les conclusions de Mme Naudin, rapporteure publique,
- les observations de Me Samain, pour la société SNLM,
- et les observations de Me Capdebos, pour l'établissement public FranceAgriMer.

Considérant ce qui suit :

1. Dans le cadre de la campagne 2016 du Fonds européen d'aide aux plus démunis (FEAD 2016), l'établissement public FranceAgriMer a lancé en décembre 2015 une procédure de consultation en vue de la conclusion d'un marché public de fourniture et de livraison de produits alimentaires aux associations caritatives. Par deux actes d'engagement signés le 17 mai 2016, FranceAgriMer a attribué les lots n°s 272 et 340 portant sur la fourniture de thon entier naturel, à la société Nouvelle Laiterie de la Montagne (SNLM). Ces deux marchés étaient conclus pour une durée comprise entre le 17 mai 2016, date de leur notification, et le 31 décembre 2017, avec une livraison des produits au plus tard le 15 février 2017. Le 13 janvier 2017, la société SNLM a informé FranceAgriMer de ce qu'elle rencontrait des difficultés pour exécuter le marché, en raison de la situation sur le marché mondial du thon, et a sollicité une hausse des prix de 18% ou un report de la date de livraison. FranceAgriMer a, le 30 janvier suivant, rejeté sa demande. La société a réitéré cette demande les 10 et 20 février suivants, sans succès. Par deux courriers du 10 octobre 2017, FranceAgriMer a ouvert deux procédures contradictoires en vue de l'application des sanctions prévues par le cahier des charges. La société a présenté ses observations le 25 octobre 2017. Par un courrier du 14 novembre suivant, FranceAgriMer l'a informée de ce qu'il entendait faire application de la sanction contractuelle prévue à l'article 10.1.b du cahier des charges, en cas de non-respect de l'obligation de livraison des quantités prévues, en mettant à sa charge deux pénalités de 178 579,94 euros pour le lot n°272, et de 21 540,99 euros pour le lot n°340, et en l'invitant à lui payer ces deux sommes. Le recours gracieux de la société contre cette décision a été rejeté le 18 avril 2018.

2. Par deux titres de perception datés du 20 novembre 2018, qui n'étaient pas signés, FranceAgriMer a, à nouveau, informé la société du rejet de ses observations du 25 octobre 2017 tendant à ce que les pénalités pour non-respect de l'obligation de livraison ne soient pas appliquées, et l'a, de nouveau, invitée à lui payer, au titre de ces pénalités, une somme de 178 579,94 euros pour le lot n° 272, et une somme de 21 540,99 euros pour le lot n° 340. Toutefois, par un courrier électronique du 21 novembre 2018, la cheffe de l'unité « Interventions sur les marchés et dans les écoles » de FranceAgriMer a informé la société de ce que ces courriers lui avaient été « envoyés par erreur », et « n'auraient pas dû [lui] être transmis sous cette forme ». Puis, le 27 novembre 2018,

FranceAgriMer a informé la société du retrait de sa décision du 14 novembre 2017 et de sa décision du 18 avril 2018. Par deux décisions valant titre exécutoire datées du même jour, FranceAgriMer a, à nouveau, informé la société du rejet de ses observations du 25 octobre 2017, et l'a invitée à lui payer, au titre des pénalités, les sommes de 178 579,94 euros et de 21 540,99 euros.

3. La société SNLM a demandé au tribunal administratif de Montreuil d'annuler les quatre titres de perception émis les 20 et 27 novembre 2018 et, par voie de conséquence, de la décharger de l'obligation de payer ces pénalités. Elle fait appel du jugement du 28 octobre 2021 par lequel le tribunal administratif a rejeté sa demande.

Sur la régularité du jugement attaqué :

4. En premier lieu, il résulte de l'instruction qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, FranceAgriMer a dès le 21 novembre 2018 informé par courrier électronique la société SNLM de ce que les titres de perception datés du 20 novembre 2018 lui avaient été « envoyés par erreur », et « n'auraient pas dû [lui] être transmis sous cette forme ». Il résulte en outre de l'instruction que le 27 novembre 2018, FranceAgriMer a fait parvenir à la société deux nouveaux titres de perception signés, relatifs aux mêmes créances et portant sur les mêmes montants. C'est donc à bon droit que les premiers juges ont regardé les titres de perception adressés à la société le 20 novembre 2018 comme ayant été, implicitement mais nécessairement, retirés par ceux émis le 27 novembre 2018, et qu'ils ont accueilli la fin de non-recevoir soulevée par FranceAgriMer, en rejetant comme irrecevables les conclusions de la société dirigées contre les titres de perception du 20 novembre 2018, ces conclusions étant dépourvues d'objet dès la date de leur présentation.

5. En second lieu, les contradictions affectant selon la société SNLM les motifs du jugement du tribunal administratif en ce qui concerne le caractère manifestement excessif des pénalités et la nullité du marché sont en tout état de cause sans incidence sur la régularité de ce jugement.

Sur le bienfondé du jugement attaqué :

6. En premier lieu, compte tenu de ce qui a été dit ci-dessus, le moyen selon lequel les titres de perception émis le 27 novembre 2018 feraient double emploi avec ceux émis le 20 novembre précédent, qui n'auraient pas été retirés, ne peut qu'être écarté.

7. En deuxième lieu, le moyen tiré de l'incompétence du signataire des titres de perception émis le 27 novembre 2018 doit être écarté par adoption des motifs retenus à bon droit par les premiers juges.

8. En troisième lieu, lorsqu'une partie à un contrat administratif soumet au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

9. Aux termes de l'article 18 du code des marchés publics applicable au litige : « I.- Sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché est conclu à prix définitif. / II.- Un prix définitif peut être ferme ou révisable. / (...) IV.- Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions fixées ci-dessous. / Lorsque le prix est révisable, le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix

sont fixées : / 1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ; / 2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ; / 3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°. / V.- Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément au IV du présent article ».

10. Il est constant que les marchés conclus entre FranceAgriMer et la société SNLM ne comportaient pas de clause de révision de prix, alors que la durée d'exécution de ces marchés était supérieure à trois mois, et que l'exécution de ces mêmes marchés, qui avait pour objet la fourniture de thon entier naturel, nécessitait le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux. En l'absence de clause de révision de prix, ces marchés étaient donc entachés d'illégalité.

11. Toutefois, contrairement à ce que soutient la société SNLM, l'absence d'une clause de révision de prix ne rend pas illicite le contenu même du contrat, et ne constitue pas un vice d'une particulière gravité, de nature à justifier que le contrat soit écarté et à faire obstacle à ce que le litige soit réglé sur le terrain contractuel. La société SNLM n'est donc pas fondée à se prévaloir de l'illégalité entachant, en l'absence d'une telle clause, les marchés qu'elle a conclus avec FranceAgriMer, pour solliciter la décharge des pénalités d'inexécution qui lui ont été infligées sur le fondement de ces contrats.

12. En quatrième lieu, si la société SNLM soutient que l'augmentation très importante des cours du thon a créé une situation de force majeure de nature à justifier l'inexécution de ses obligations contractuelles et à faire obstacle à l'application des pénalités de non-exécution, en indiquant que le cours du thon était d'environ 1 000 dollars la tonne au moment du dépôt des offres en janvier 2016, et de 1 800 dollars la tonne en février 2017, période prévue pour les dernières livraisons, il est constant que le prix d'une tonne de produit fini convenu dans le contrat s'élevait à 4 880 euros HT pour le lot n°272, et à 4 980 euros HT pour le lot n°340. De plus, ainsi que les premiers juges l'ont relevé à juste titre, la société n'a produit devant eux aucun élément relatif aux autres composantes du prix de revient des conserves livrées, ou au montant des pertes auxquelles elle s'exposait en poursuivant l'exécution du contrat, de nature à démontrer qu'elle se serait trouvée confrontée à des difficultés présentant un caractère irrésistible caractérisant une situation de force majeure. Or, le message de son fournisseur daté du 13 avril 2016, selon lequel le prix de la matière première représenterait 65% du prix final du produit, et les informations d'ordre général sur les conséquences des modifications affectant le courant « El Nino », et du séisme survenu le 16 avril 2016 en Equateur, sur la pêche et le commerce du thon, qu'elle produit devant la Cour, sont insuffisants pour démontrer qu'elle se serait trouvée confrontée à de telles difficultés. Enfin, si elle soutient en appel que son fournisseur aurait été obligé de réduire les quantités fournies, les divers courriers électroniques qu'elle produit, ne permettent pas de confirmer cette réduction. Dans ces conditions, elle n'est pas fondée à faire état d'une situation de force majeure faisant obstacle à l'exécution du contrat et à l'application des pénalités en litige.

13. En cinquième lieu, aux termes de l'article 10.1.b du cahier des charges, relatif aux pénalités de non-exécution : « En cas de non-respect de l'obligation de livraison des quantités prévues de produits alimentaires à l'association caritative, le pouvoir adjudicateur applique, sans mise en demeure préalable et après ouverture d'une procédure contradictoire, une sanction calculée de la façon suivante : / i. Si 40% ou plus des livraisons prévues sont concernées : / 25% x

(prix produit x quantités en cause) / ii. Si moins de 40 % des livraisons prévues sont concernées : / 20% x (prix produit x quantités en cause) ».

14. Il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché. Lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge. Il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif. Au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif.

15. Il résulte de l'instruction que les pénalités infligées à la société SNLM, correspondant à 25% du prix des quantités non livrées, s'élèvent, s'agissant du lot n° 272 pour lequel les quantités non livrées représentant 62,8% du marché, à 15,7 % du montant total du marché. S'agissant du lot n° 340, pour lequel les quantités non livrées représentent 42,64%, les pénalités correspondent à 10,6% du montant total du marché. La société ne saurait utilement faire état du caractère excessif selon elle, de ces pénalités par rapport aux montants effectivement payés par FranceAgriMer à raison des seules quantités livrées.

16. Par ailleurs, ni le guide de l'association pour l'achat des services publics, qui préconise de limiter à 10% du montant total du marché les pénalités de retard, ni le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) d'un marché de fournitures de denrées alimentaires passé par un lycée qui fixe les pénalités pour non-respect de l'obligation de livraison à 10% du prix des quantités non livrées, ni le CCAP de FranceAgriMer pour la campagne du FEAD de 2019 fixant les pénalités pour non-respect de l'obligation de livraison à 10% ou à 12% du prix des quantités non livrées en fonction de l'importance de ces quantités, ni enfin le cahier des clauses administratives générales des marchés de fournitures publié le 31 mars 2021, prévoyant que le montant des pénalités de retard ne doit pas excéder 10% du montant total du marché, produits devant les premiers juges, ne permettent de regarder les pénalités en litige comme présentant un caractère manifestement excessif, ces pénalités s'élevant, ainsi qu'il vient d'être dit, à 15,7 % et à 10,6% du montant total de chacun des deux lots. Les divers autres CCAP prévoyant également une pénalité égale à 10% du montant total du marché, les CCAP qui autorisent l'acheteur, en cas de carence du titulaire du marché, à recourir à un autre fournisseur et à mettre à la charge du cocontractant défaillant l'éventuel surcoût, et les stipulations de CCAP relatives à des pénalités de retard, que la société produit en appel, ne permettent pas davantage de retenir le caractère manifestement excessif des pénalités mises à la charge de la société SNLM par les titres de perception en litige. Par suite, il n'y a pas lieu de modérer ces pénalités.

17. Il résulte de ce qui précède que la société SNLM n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Montreuil a rejeté sa demande.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

18. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de FranceAgriMer, qui n'est pas la partie perdante dans la présente

instance, la somme que la société SNLM demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société SNLM une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par FranceAgriMer et non compris dans les dépens.

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société SNLM est rejetée.

Article 2 : La société SNLM versera une somme de 1 500 euros à FranceAgriMer sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société Nouvelle Laiterie de la Montagne et à l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer).

Délibéré après l'audience du 13 février 2024, à laquelle siégeaient :

Mme Bonifacj, présidente de chambre,
M. Niollet, président-assesseur,
M. Pagès, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 5 mars 2024.

Le rapporteur,

La présidente,

J-C. NIOLLET

J. BONIFACJ

La greffière,

E. TORDO

La République mande et ordonne au ministre de l'agriculture et de la souveraineté alimentaire 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.