

Le : 14/09/2017

CAA de LYON

**N° 15LY01747**

Inédit au recueil Lebon

**4ème chambre - formation à 3**

M. d'HERVE, président

Mme Aline SAMSON DYE, rapporteur

M. DURSAPT, rapporteur public

MOLLION, avocat(s)

lecture du jeudi 8 décembre 2016

**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure

La société Onyx Auvergne Rhône-Alpes (ci-après Onyx ARA) a demandé au tribunal administratif de Grenoble de la décharger du paiement des pénalités d'indisponibilités que le centre hospitalier universitaire (CHU) de Grenoble lui a infligées par décision du 6 juin 2011 pour un montant de 296 100 euros HT et de condamner le CHU de Grenoble à lui verser la somme de 354 135,59 euros toutes taxes comprises correspondant au solde des factures n° DHS00137007 du 31 mai 2011, n° DHS00137336 du 30 juin 2011, n° DHS00137657 du 31 juillet 2011, et n° DHS00137949 du 31 août 2011.

Par un jugement n° 1206338 du 25 mars 2015, le tribunal administratif de Grenoble a déchargé la société Onyx ARA du paiement des pénalités d'indisponibilité mises à sa charge par le CHU de Grenoble par décision du 6 juin 2011 pour un montant de 296 100 euros HT, condamné le CHU de Grenoble à lui verser une somme de 354 135,59 euros TTC, somme majorée des intérêts au taux légal à compter du 4 octobre 2012 et mis à la charge du centre hospitalier une somme de 2 000 euros au titre des frais non compris

dans les dépens.

#### Procédure devant la cour

Par une requête et un mémoire enregistrés les 21 mai 2015 et 18 mars 2016, le CHU de Grenoble, représenté par MeC..., demande à la cour :

1°) à titre principal, d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Grenoble du 25 mars 2015 et de rejeter la demande de première instance de la société Onyx ARA ;

2°) à titre subsidiaire, de modérer le montant des pénalités infligées à la société Onyx ARA ;

3°) de mettre à la charge de la société Onyx ARA une somme, portée à 5 000 euros ; dans le dernier état de ses écritures, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de rejeter les conclusions présentées à son encontre sur le même fondement.

Le centre hospitalier soutient que :

- sa requête d'appel est recevable, ayant été présentée dans le délai d'appel, et dès lors qu'il a intérêt à contester le jugement ;

- à titre principal, la demande de première instance est irrecevable ; le jugement est entaché d'insuffisance de motivation et d'erreur de droit sur ce point ; l'article 34.1 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de fournitures courantes et de services (ci-après CCAG FCS) est applicable en l'espèce ; la société Onyx ARA n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur ne peut plus se prévaloir de ces stipulations dès lors qu'il aurait examiné le bien-fondé de la réclamation sans opposer l'irrecevabilité ; le pouvoir adjudicateur ne pouvait être regardé en l'espèce comme ayant renoncé à l'application de ces stipulations et n'ayant pas fait droit aux demandes formulées dans le mémoire en réclamation ; c'est à tort que les premiers juges ont écarté la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté du mémoire en réclamation ; le différend relatif aux pénalités est apparu dès le 14 janvier 2011, ou à tout le moins à compter du 3 mars 2011, voire du 6 juin 2011 ; le courrier du 1er juillet ne peut être regardé comme un mémoire en réclamation, ne comportant aucun élément chiffré, et notamment pas les bases des sommes réclamées ; en tout état de cause, il serait tardif ; contrairement à ce qu'avance la société Onyx ARA, les qualités de débiteur et de créancier des deux parties sont à relativiser, s'agissant de pénalités imposées par compensation, et il avait précisé à la société la méthode de calcul, lui permettant de contester les pénalités ; seul le courrier du 28 août 2012 a été qualifié de mémoire en réclamation par la société, qui faisait courir sa demande d'intérêts de cette date ;

- à titre subsidiaire, la demande de première instance n'est pas fondée ;

- les opérations d'expertise sur lesquelles s'est fondé le tribunal sont entachées de graves

irrégularités, qui faisaient obstacle à ce que l'expertise serve de base au jugement ; le principe du contradictoire a été méconnu, dès lors qu'il n'a été partie qu'à 2 % des opérations d'expertise et qu'il n'a pu participer qu'à une seule réunion sur les 5 tenues ; les opérations d'expertise ont été très incomplètes ; l'expert n'a pas respecté le cadre de sa mission ; il existe un doute légitime sur l'impartialité de l'expert ;

- les pénalités sont justifiées dans leur principe ; le jugement est entaché d'erreur de fait et d'insuffisance de motivation s'agissant de l'imputabilité de la défectuosité des bacs ; les désordres sont imputables à la manutention manuelle réalisée par la société Onyx ARA, qui manipule seule 80 % des bacs ; la société Onyx ARA a méconnu ses obligations en matière de transport des déchets d'activité de soins à risque infectieux (DASRI), ainsi que le relève le procès-verbal de la direction régionale de l'environnement de l'aménagement et du logement (DREAL) suite au contrôle du 19 octobre 2011 ; les désordres sont imputables au lavage des bacs réalisé à l'acide sulfurique, ou ils ont à tout le moins été aggravés par ce désordre ; les désordres sont imputables au timon de tractage installé par la société Onyx ARA et au défaut de maintenance préventive ;

- le montant des pénalités est justifié ; il s'agit de pénalités journalières, selon l'article 7.4 du cahier des clauses techniques particulières (ci-après CCTP), qui complète l'article 12.2 du CCAP ; l'indisponibilité de nombreux bacs impliquait qu'au sens de l'article 7.4 alinéa 2 CCTP, le prestataire soit en mesure de répondre en urgence aux nécessités de réajustement des quantités ; le tribunal a retenu, sans motivation la formule du seul cahier des clauses administratives particulières (ci-après CCAP) ; la société lui doit, au titre de l'ensemble des pénalités, la somme de 311 500 euros hors taxe, soit 372 554 euros toutes taxes comprises ; à tout le moins, l'article 12.2 du CCAP permettait d'opposer des pénalités mensuelles, pour un montant qui se serait élevé à 465 300 euros ; à titre infiniment subsidiaire, les pénalités ne pourraient être modérées que de manière limitée.

Par des mémoires enregistrés les 31 août 2015 et 22 avril 2016, la société Onyx ARA, représentée par MeA..., conclut au rejet de la requête et demande à la cour de mettre à la charge du CHU de Grenoble une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société soutient que :

- le jugement n'est pas irrégulier ;

- sa demande de première instance est recevable ; l'obligation de motivation qui pèse sur le titulaire du marché est différente lorsqu'il est placé en situation de débiteur, l'obligation de motivation doit s'apprécier in concreto ; le différend trouve son origine dans le courrier du 6 juin 2011 ; le courrier du 1er juillet 2011 revêt les caractéristiques d'un mémoire en réclamation ; le fait qu'elle a présenté un nouveau mémoire en réclamation par courrier du 28 août 2012 est sans effet sur la qualification du précédent courrier, à l'instar du point de départ de sa demande d'intérêts ;

- c'est à juste titre que le tribunal a pris en compte l'expertise à titre d'élément

d'information, malgré son irrégularité, au regard du caractère contradictoire et complet des opérations d'expertise ;

- le caractère défectueux des bacs est imputable au seul CHU, qui réalise la manutention mécanique à l'origine des déformations ; la référence au procès-verbal de la DREAL est inopérante et infondée ; les détériorations ne sont pas imputables aux opérations de détartrage ou à un prétendu défaut de maintenance des bacs ;

- c'est à juste titre que le jugement ne se réfère pas au deuxième alinéa de l'article 7.4 du CCTP, qui régit des situations étrangères au cas d'espèce ; les stipulations pertinentes sont celles du premier alinéa de cet article, qui reprennent les stipulations de l'article 12.2 du CCAP, le tribunal pouvait se référer aussi bien à l'une qu'à l'autre de ces stipulations ;

- si par extraordinaire la cour infirmait le jugement, elle devrait estimer que sa demande de première instance est recevable et fondée ;

- la fin de non-recevoir contractuelle opposée par le CHU est inopérante ; le seul fait que la personne publique statue sur le bien-fondé d'une réclamation sans opposer une éventuelle forclusion constitue une modification du contrat au bénéfice de son cocontractant et une renonciation au bénéfice de la forclusion, indépendamment du sort réservé à la réclamation ; à titre subsidiaire, le différend est né le 6 juin 2011 et elle a transmis un mémoire en réclamation le 1er juillet 2011 ; le courrier du 14 janvier 2011 ne peut être regardé comme révélateur d'un différend, le courrier annonçant des pénalités doit être envoyé en recommandé avec avis de réception pour faire naître un différend ; le CHU n'apporte pas la preuve de la date de sa réception, il en va de même s'agissant du courrier du 3 mars 2011 ; les pénalités du 14 janvier 2011 et du 3 mars 2011 sont sans commune mesure avec les pénalités objet du litige ;

- les pénalités ne sont pas fondées ;

- le calcul des pénalités ne respecte pas les stipulations contractuelles ; seul l'alinéa 1er de l'article 7.4 du CCTP est applicable ; l'article 12.2 du CCAP démontre que la pénalité d'indisponibilité n'est pas calculée en fonction de la durée d'indisponibilité ; le montant de 311 500 euros retenu par le centre hospitalier est par ailleurs erroné ; le fait que la facturation prévue par l'article 13.2 du CCAP soit mensuelle est sans incidence sur le calcul des pénalités ; dès le mois de mai 2011, les bacs n'étaient plus défectueux ;

- la mise en oeuvre des pénalités n'est pas justifiée par des éléments précis et étayés ; le CHU ne pouvait imposer des pénalités pour des prestations qui avaient été vérifiées et implicitement acceptées en application de l'article 5 du CCAP et des articles 21.21 et 20.3 du CCAG FCS ;

- la défectuosité des bacs ne lui est pas imputable ; ce désordre résulte de la mauvaise manipulation mécanique des bacs par le CHU et du mauvais conditionnement des emballages primaires au sein du CHU ; elle n'a pas méconnu les stipulations contractuelles ; les opérations d'expertise ne sont pas intégralement irrégulières ;

- le juge administratif peut moduler des pénalités excessives ; le montant des pénalités est excessif dès lors qu'il représente 24 % du montant annuel du marché.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics, alors en vigueur ;
- 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 Mme Samson-Dye,
- les conclusions de M. Dursapt, rapporteur public,
- et les observations de Me D...pour le CHU de Grenoble et de Me B...pour la société Onyx Auvergne Rhône-Alpes.

Vu les notes en délibérés enregistrées les 18 et 21 novembre 2016 respectivement pour la société Onyx ARA et le centre hospitalier universitaire de Grenoble.

1. Considérant que le centre hospitalier universitaire de Grenoble a conclu le 15 avril 2008 un marché pour faire assurer la collecte et le traitement des déchets d'activité de soins à risque infectieux par la société Onyx Auvergne Rhône-Alpes ; que le centre hospitalier relève appel du jugement par lequel le tribunal administratif de Grenoble, saisi par cette société, a déchargé cette dernière du paiement des pénalités d'indisponibilité mises à sa charge par décision du 6 juin 2011 pour un montant de 296 100 euros hors taxe, et l'a condamné à verser à cette société une somme de 354 135,59 euros toutes taxes comprises ;

Sur la recevabilité de la demande de première instance :

Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de la requête ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 34 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de fournitures courantes et services (CCAG FCS), applicable au marché en litige : " 34.1. 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. / 34.2. La personne publique dispose d'un délai de deux mois compté à partir de la réception du mémoire de

réclamation pour notifier sa décision. L'absence de décision dans ce délai vaut rejet de la réclamation. " ; qu'un mémoire du titulaire du marché ne peut être regardé comme une réclamation au sens de ces dispositions que s'il comporte l'énoncé d'un différend et expose, de façon précise et détaillée, les chefs de la contestation en indiquant, d'une part, les montants des sommes dont le paiement est demandé et, d'autre part, les motifs de ces demandes, notamment les bases de calcul des sommes réclamées ;

3. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le litige dont étaient saisis les premiers juges était apparu du fait de la décision du 6 juin 2011 par laquelle le représentant du centre hospitalier avait mis à la charge de son prestataire des pénalités de 296 100 euros hors taxe pour conteneurs défectueux, au titre du mois de mai 2011 ; que ce courrier a été reçu par le prestataire au plus tard le 4 juillet 2011, date à laquelle il a fait parvenir au centre hospitalier un document répondant à ce courrier, daté du 1er juillet 2011 ; que le document daté du 1er juillet 2011, après avoir rappelé l'historique de la situation, mentionne les raisons pour lesquelles il n'a pas pu identifier les difficultés plus tôt, précise que des mesures correctives ont été mises en oeuvre et s'achève par la proposition, puisque les conclusions de l'enquête n'ont pas été rendues, de poursuivre l'activité sur les modes d'exploitation technique actuels en ne facturant pas le coût de location des bacs, " en lieu et place de toutes pénalités qui eu égard à l'exposé de ce qui précède ne peuvent être appliquées (outre les problématiques de point de départ et quotité des pénalités) " ; que, compte tenu de sa formulation, ce courrier ne peut être regardé comme ayant la nature d'un mémoire en réclamation, dès lors qu'il se borne à proposer au maître de l'ouvrage une alternative aux pénalités, sans demander expressément leur abandon ; qu'aucun autre document susceptible de recevoir une telle qualification n'a été adressé au centre hospitalier dans le mois suivant l'apparition du litige, le courrier du 28 août 2012 ayant été adressé après l'expiration du délai imparti ; que, contrairement à ce que soutient la société Onyx ARA, le fait que le centre hospitalier a, par courrier du 4 octobre 2012, rejeté sa réclamation préalable datée du 28 août 2012, en estimant qu'elle n'était pas fondée, ne saurait, eu égard notamment aux termes dans lesquels ce courrier a été rédigé, permettre d'estimer que le centre hospitalier avait renoncé à se prévaloir de ces stipulations ; que, dans ces conditions, le requérant est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal a écarté la fin de non-recevoir contractuelle qu'il avait opposée sur le fondement de l'article 34 du CCAG FCS ;

4. Considérant qu'il suit de là que le tribunal ne pouvait pas davantage accueillir les conclusions de la société Onyx ARA aux fins de décharge et d'indemnisation, qui étaient seulement articulées à partir de moyens contestant ces pénalités et qui ne pouvaient être accueillis ; que le CHU de Grenoble est, dès lors, fondé à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont fait droit aux conclusions de la société Onyx ARA ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

5. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du CHU de Grenoble, qui n'est pas en l'espèce partie perdante, la somme que la société Onyx ARA réclame au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées au même titre par le centre hospitalier ;

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement n° 1206338 du 25 mars 2015 du tribunal administratif de Grenoble est annulé.

Article 2 : La demande présentée par la société Onyx ARA devant le tribunal administratif de Grenoble est rejetée.

Article 3 : Les conclusions des parties tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié au centre hospitalier universitaire de Grenoble et à la société Onyx Auvergne Rhône-Alpes.

Délibéré après l'audience du 17 novembre 2016 à laquelle siégeaient :

M. d'Hervé, président,

Mme Michel, président-assesseur,

Mme Samson-Dye, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 8 décembre 2016.

6

N° 15LY01797

**Abstrats** : 39-05-01 Marchés et contrats administratifs. Exécution financière du contrat. Rémunération du co-contractant.