MINUTE N° : 17/00080
ORDONNANCE DU : 05 AVRIL 2017
DOSSIER N° R.G. : 17/00018

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE CARPENTRAS

ORDONNANCE EN LA FORME DES RÉFÉRÉS

A l'audience publique des référés tenue le cinq Avril deux mil dix sept,

Nous, Daniel FALLOT, Vice-Président au Tribunal de Grande Instance de CARPENTRAS, assisté de Carmélina DELLA VALLE, Greffier, avons rendu la décision dont la teneur suit :

ENTRE :

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail du centre hospitalier de Vaison-la-Romaine, prise en la personne de sa secrétaire Mme Catherine RICHARD dûment mandatée domiciliée en cette qualité audit siège, dont le siège social est sis B.P. 73 - 18 grand rue - 84110 VAISON LA ROMAINE
représentée par Me GOLDMANN ET ASSOSIES, avocat au barreau de MARSEILLE

ET :

Centre hospitalier de Vaison-la-Romaine, pris en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège, dont le siège social est sis B.P. 73 - 18 grand rue - 84110 VAISON LA ROMAINE
représentée par Me Rodolphe RAYSSAC, avocat au barreau de PARIS

Après avoir entendu les représentants des parties à notre audience du 01 Mars 2017, l'affaire a été mise en délibéré au 22 Mars 2017 et le délibéré prorogé à ce jour, par mise à disposition au greffe :

Le :
exécutoire à :
expédition à :

EXPOSÉ

Par assignation délivrée le 26 janvier 2017, le Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine (Vaucluse), pris en la personne de sa secrétaire, Mme Catherine RICHARD, a saisi le Président du tribunal de grande instance de Carpentras statuant en la forme des référés d'une demande dirigée à l'encontre du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine, sur le fondement des articles 808 et 809 du code de procédure civile et de l'article L 4614-13 du code du travail, aux fins de :
- constater que le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine n'a pas contesté la désignation de l'expert dans le délai de 15 jours à compter du jour de la délibération conformément à l'article L 4614-13 du code du travail ;
- dire et juger que les conditions d'application des règles de la commande publique ne sont pas réunies, de sorte que la désignation de l'expert par un CHSCT dans les conditions prévues par l'article L 4614-12 du code du travail n'entre pas dans le champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- dire et juger que le choix et la désignation d'un expert par le CHSCT pouvaient intervenir sans mise en concurrence et sans mise en oeuvre des règles relatives aux marchés publics ;
- ordonner au Centre Hospitalier de Vaison La Romaine d'engager les opérations d'expertise, telles que demandées par le Cabinet PHYSIOFIRM et ce sous astreinte de 500 € par jour de retard à compter de la signification de la décision à intervenir ;
- condamner le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine à lui payer la somme de 4800 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais engagés ;
- condamner le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine aux entiers dépens.

Cette assignation a été délivrée pour l'audience du 1er février 2017.

À cette date, l'affaire a été renvoyée contradictoirement à l'audience du 1er mars 2017.

Par dernières conclusions en défense datée du 28 février 2017, le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine, établissement public administratif représenté par son directeur en exercice, M. Jean-Jacques CABANIS, demande pour sa part au juge des référés de :
- dire que l'action du CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine n'est pas fondée ;
En conséquence,
- débouter le CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine de l'intégralité de ses demandes ;
- mettre à la charge du CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine d'une somme de 4000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Le CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine conclut une dernière fois, pour l'audience de renvoi, en demandant en définitive, toujours sur les mêmes fondements, de :
- constater que le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine n'a pas contesté la désignation de l'expert dans le délai de 15 jours à compter du jour de la délibération conformément à l'article L 4614-13 du code du travail ;
- dire et juger que les conditions d'application des règles de la commande publique ne sont pas réunies, de sorte que la désignation de l'expert par un CHSCT dans les conditions prévues par l'article L 4614-12 du code du travail n'entre pas dans le champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- dire et juger que le choix et la désignation d'un expert par le CHSCT pouvaient intervenir sans mise en concurrence et sans mise en oeuvre des règles relatives aux marchés publics ;
- ordonner au Centre Hospitalier de Vaison La Romaine d'engager les opérations d'expertise, telles que demandées par le Cabinet PHYSIOFIRM et ce sous astreinte de 500 € par jour de retard à compter de la signification de la décision à intervenir ;
- condamner le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine à lui payer la somme de 4800 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais engagés ;
- débouter le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine de ses demandes;
- condamner le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine aux entiers dépens.

L'affaire a été plaidée le 1er mars 2017. Chaque partie a maintenu ses écritures.

Il a été demandé au Centre Hospitalier de Vaison La Romaine de justifier en cours de délibéré de l'agrément du candidat retenu par ses soins ayant présenté la meilleure offre, à savoir le Cabinet ALLIANCE C, et de produire le cahier des charges proposé dans le cadre de l'appel d'offres, ce dans un délai de 7 jours.

Le conseil des défendeurs a transmis une note datée du 8 mars 2017, non limitée à l'objet de la production sollicitée, mais exprimant de manière complète la position du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine, aux termes de laquelle il considère qu'il ne peut désormais plus être contesté que:
- le CHSCT ait un pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 (la Cour de Cassation l'avait en effet admis dès 2011, ainsi que la cour d'appel - pièce 8) ;
- les marchés ne bénéficient plus du régime dérogatoire de l'article 8 de l'ancien décret du 30 décembre 2015 (aucune juridiction ne s'est encore prononcée sur cette question depuis le 1er avril 2016, le fondement de la Cour de Cassation n'est clairement plus applicable) ;
- le changement législatif est tel, et les pratiques tellement encore ancrées, que la DAJ de Bercy a pris soin de communiquer auprès de tous les acteurs publics de ces modifications ;

- le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine s'est donc conformé au respect de ces nouvelles obligations, et le CHSCT reste in fine l'ultime décideur du choix du prestataire désigné, aux termes de cette mise en concurrence.

Par note en délibéré en réponse datée du 10 mars 2017, le conseil du CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine observe en particulier:
- que pas plus la Société ALLIANCE C que la gérante de cet organisme, Mme Valérie GOURBIL, ne disposent de l'agrément ministériel délivré aux Cabinets susceptibles de mener des expertises en la matière et remplissant les conditions prévues par les articles R 4614-6 et suivants du code du travail, ce qui explique le tarif journalier inférieur à celui pratiqué par les experts agréés auprès des CHSCT ;
- que s'il n'est pas contestable que le Cabinet SECAFI CTS bénéficie d'un tel agrément, il en va différemment de la Société ALLIANCE C retenue par le Centre Hospitalier pour réaliser plutôt un audit qu'une expertise conforme aux dispositions du code du travail, le cahier des charges produits ne correspondant nullement à la méthodologie suivie par l'ensemble des Cabinets d'experts bénéficiant d'un agrément ministériel validée par le ministère du travail et reposant sur des critères précis ;
- que le Centre Hospitalier n'a pas organisé de réunion pour associer le CHSCT au processus du choix de l'expert qui relève de la compétence exclusive du CHSCT , et non de la Direction qui ne peut pas s'immiscer dans ce choix, quand bien même le recours expertise serait soumis aux règles fixées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- que, dans l'hypothèse où il serait considéré que le recours à l'expertise aurait dû être soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence conformément à l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, il appartiendra en tout état de cause aux élus du CHSCT de choisir un cabinet d'expert bénéficiant d'un agrément ministériel ;
- que l'expertise ne peut valablement être confiée à la Société ALLIANCE C qui ne bénéficie d'aucun agrément ministériel.

Par dernière note responsive datée du 14 mars 2017, le conseil du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine entend encore observer spécialement:
- que la Société ALLIANCE C dispose bien de l'agrément requis au travers de celui délivré à sa gérante, Mme Valérie GOURBIL ;
- qu'il ressort des termes de l'article 9.1 du règlement de consultation (contenu du dossier de candidature) que l'agrément ministériel figurait bien dans la liste des pièces de candidature ;
- que la rédaction du règlement de consultation permet de confirmer que, d'une part, l'agrément du titulaire est bien une condition de recevabilité des candidatures, raison pour laquelle sur 7 offres reçues, 5 ont été éliminés pour absence d'agrément et 2 ont été retenus (SECAFI et ALLIANCE C) et que, d'autre part, le cahier des charges satisfaits à la méthodologie définie par le ministère, surtout dans la mesure où le titulaire du marché est détenteur de l'agrément requis ;
- que le CHSCT confond les effets de l'obtention de l'agrément requis par le code du travail et la consultation devant obligatoirement être menée conformément aux règles de la commande publique avec mise en

concurrence préalable ;
- qu'il est toujours loisible au CHSCT de retenir le Cabinet SECAFI s'il l'estime opportun ;
- que le Centre Hospitalier n'a pas choisi de prestataire, mais simplement établi un classement à partir de critères objectifs entre les différentes offres;
- qu'en définitive, et à l'issue de la consultation préalable, le choix de l'expert relève toujours de la compétence du CHSCT ;
- que le CHSCT n'a formulé aucune proposition sur le projet de cahier des charges complet qui lui a été adressé quant à la consultation menée en vue de démarrer au plus vite la mission experte elle, préférant se focaliser sur la saisine du juge des référés ;
- que la situation actuelle n'est en aucun cas lié à une quelconque entrave de sa part, mais bien à une attitude de blocage émanant du seul CHSCT qui persiste à refuser la mise en oeuvre des nouveaux textes.

Il n'a pas été répondu à cette dernière note.

En l'absence de toute demande de réouverture des débats au regard des ultimes éléments développés par les conseils des parties en cours de délibéré, il convient de retenir l'affaire en l'état.

Il est renvoyé expressément aux dernières conclusions et notes respectives des parties, telles qu'énoncées ci-dessus, pour l'exposé de leurs moyens, en application des dispositions de l'article 455 du Code de procédure civile.

MOTIFS

Sur la recevabilité

Il n'existe aucune difficulté tenant à la compétence du juge des référés du tribunal de grande instance de Carpentras, le litige ne concernant pas une question relative à l'organisation du service public hospitalier relevant de la compétence administrative.

Il n'est par ailleurs soulevé aucune irrégularité ou irrecevabilité de la procédure.

Il s'ensuit qu'il convient de recevoir, en la forme, le Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) en son action engagée devant le président du tribunal de grande instance de Carpentras statuant en référé.

Sur les demandes respectives des parties

En vertu des dispositions de l'article 808 du code de procédure civile, «*dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.* »

En vertu des dispositions du second alinéa de l'article 809 du code de procédure civile, « *le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.* »

En vertu de l'article L 4614-12 du code du travail, le Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) peut faire appel dans à un expert agréé lorsqu'il est constaté un risque grave dans l'établissement ou encore en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

Ainsi fut-il fait, en l'espèce, par délibération unanime des membres du CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine en date du 13 octobre 2016 au regard de risques professionnels psychosociaux inquiétant les représentants du personnel.

Aux termes de cette délibération, le CHSCT a désigné le Cabinet PHYSIOFIRM, agréé par le ministère du travail, pour la réalisation d'une expertise prévue aux articles L 4614-12 et L 4614-13 du code du travail.

L'employeur n'a pas contesté la nécessité de l'expertise mais a en revanche remis en cause les modalités de la désignation de l'expert en adressant, le 17 novembre 2016, un courrier au Cabinet PHYSIOFIRM retenu par le CHSCT, en considérant qu'une telle désignation est soumise à la réglementation des marchés publics, de sorte qu'il lui incombe d'effectuer une consultation publique aux fins de désignation d'un expert, ce qui fut fait par la suite.

Cette position du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine s'inspire de l'analyse faite dans un courrier daté 12 août 2016 adressé par la direction des affaires juridiques du ministère des finances à la Fédération Hospitalière de France ainsi résumée :
« *Les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) des établissements publics de santé (EPS), dotés de la personnalité juridique, doivent être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 10 2° de l'ordonnance numéro 2015-899 du 23 juillet 2015, dès lors que les activités qu'il réalisent satisfont à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial et qu'ils sont placés sous un lien de dépendance étroit à l'égard des EPS, pouvoirs adjudicateurs. Ils sont donc soumis pour les marchés publics passés pour leurs besoins à la réglementation des marchés publics.*
Les marchés d'expertise sont des contrats conclus à titre onéreux par les CHSCT, répondant prioritairement à leurs besoins. La passation de ce marché public relèvera des règles de publicité et de mise en concurrence issue du droit commun de la commande publique dès lors que le code CPV de ces prestations ne relève pas de la liste des services sociaux et autres

services spécifiques publiés au journal officiel de la République française le 27 mars 2016, liste à laquelle renvoie l'article 28 du décret numéro 2016-360 du 25 mars 2016.
Pour la passation de ces marchés publics, les CHSCT peuvent recourir aux moyens humains, matériels et financiers des EPS en sus des ressources que ces derniers leur ont dévolu de façon pérenne.
En l'état des dispositions applicables, il appartient au directeur des EPS d'engager la dépense liée à l'exécution des marchés publics d'expertise et au comptable de ce dernier de la payer. »

Le CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine considère que l'employeur, en se conformant à cette note (dépourvue toute force normative), s'est substitué, en initiant de lui seul la consultation d'un marché public d'expertise, aux prérogatives du CHSCT et a entravé son fonctionnement, d'où l'action présente tendant essentiellement à imposer à l'employeur de mettre en oeuvre l'expertise confiée au Cabinet PHYSIOFIRM. Il est exact qu'un tel courrier du ministère des finances est dépourvu de toute valeur normative.

En application de l'article 9 de l'ordonnance numéro 2015-899 du 23 juillet 2015 relatives aux marchés publics « *les acheteurs publics ou privés soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicateurs risques définis respectivement aux articles 10 et 11.*»

Le notion de pouvoir adjudicateur est ainsi définie par l'article 10 de la même ordonnance, à savoir :
- les personnes morales de droit public ;
- les personnes morales de droit privé qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
*soit l'activité est financée majoritairement à un pouvoir adjudicateur,
*soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur,
*soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composée de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur;
- les organismes de droit privé doté de la personnalité juridique constituée par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Sous l'empire de la législation antérieure relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, la Cour de Cassation ne soumettait pas les CHSCT au respect des mesures de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des contrats d'expertise au motif que ces prestations ne figuraient pas au nombre des services énumérés par l'article 8 du décret numéro 2005-1742 du 30 décembre 2005 pris pour l'application de l'ordonnance numéro 2005-649 du 6 juin 2005, dispositions alors applicables. Il était ainsi considéré que ces marchés pouvaient être passés suivant des modalités librement définies par les CHSCT.

Or, tel n'est plus le cas, depuis l'entrée en vigueur, le 1er avril 2016, de la transposition en France d'une directive européenne du 26 février 2014 (2014/24/UE) ayant supprimé la distinction entre les marchés de services prioritaires et les marchés de services non prioritaires qui existaient précédemment, seuls les services sociaux et autres services spécifiques pouvant être attribués selon une procédure allégée, ce qui n'est pas le propre des prestations d'expertise.

Il convient ainsi de considérer que le CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison la Romaine doit être considéré comme un pouvoir adjudicateur au sens des dispositions applicables ci-dessus énoncées conduisant donc à recourir à la procédure des marchés publics, car remplissant effectivement tous les critères requis (disposant d'une personnalité juridique, participant à la satisfaction d'un besoin d'intérêt général de santé publique et dont le financement est exclusivement assuré par un établissement public hospitalier).

Par voie de conséquence, il ne peut être considéré que le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine, en mettant en oeuvre la procédure de consultation d'appel d'offres prévue par la réglementation des marchés publics ait cherché à entraver entravé le fonctionnement du CHSCT, d'autant qu'il était susceptible de s'exposer, s'il ne procédait pas de la sorte, à la sanction pénale prévue pour le délit de favoritisme.

Le cahier des charges proposé dans le cadre de cette consultation ne peut être sérieusement critiqué dès lors qu'il prévoyait que chaque candidat fournisse l'agrément en qualité d'expert auquel le Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail peut faire appel en vertu des articles R 4614-6 et suivants du code du travail.

Il est donc loisible au CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine de faire le choix du seul candidat ayant répondu à la consultation et remplissant à ses yeux la qualité incontestée d'expert, à savoir le Cabinet SECAFI (20-24 rue Martin-Bernard Paris 13e) - dont le montant de l'offre est de 45 360 € TTC - ayant pour domaine de compétence la santé et la sécurité au travail et l'organisation du travail et de la production - dont l'agrément court jusqu'au 31 décembre 2019 selon la liste des experts agréés établie le 1er janvier 2017 par le ministère de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, étant observé que le Cabinet PHYSIOFIRM également agréé et primitivement retenu par le CHSCT n'a pas cru répondre à la consultation en se portant candidat (malgré une proposition précédente ramenant son coût d'un montant de 68 880 € TTC à la somme de 54 940 €TTC) et que le CHSCT a indiqué au Centre Hospitalier de Vaison La Romaine, par courrier du 21 décembre 2016, qu'il lui contestait la possibilité de passer un marché public en refusant donc de s'inscrire dans une telle démarche ce qui aurait pu lui permettre de proposer peut-être d'autres formes de consultation et de discuter même le contenu du cahier des charges.

Par voie de conséquence, il convient de rejeter la demande du CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine tendant à voir ordonner au Centre Hospitalier de Vaison La Romaine l'engagement des opérations d'expertise par le Cabinet PHYSIOFIRM choisi par ses soins en dehors de tout marché public.

Sur les frais irrépétibles

En vertu de l'article L 4614-13 du code du travail, les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur, sauf prise en charge par le comité d'entreprise.

Au regard de la jurisprudence, la prise en charge de tels frais concerne également les procédures induites par la question de la mise en œuvre de l'expertise, à moins que le CHSCT, dépourvu de toute ressource propre, n'ait commis un abus.

Le CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine n'ayant pas agi abusivement, les frais de procédure et honoraires de son avocat exposés à l'occasion de la présente procédure doivent donc être supportés par l'employeur, même s'il échoue au principal, de sorte qu'il lui reviendra à ce titre la somme de 1300 €.

Sur les dépens

Le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine supportera également, pour les mêmes motifs relatifs aux frais irrépétibles, les dépens de l'instance.

PAR CES MOTIFS

Statuant après débats en audience publique, en la forme des référés, par ordonnance contradictoire rendue par mise à disposition au greffe, et en premier ressort,

Vu les écritures respectives des parties et pour les motifs ci-dessus énoncés,

Recevons, en la forme, le Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine en son action ;

Rejetons les demandes du CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine tendant spécialement à voir dire et juger que les conditions d'application des règles de la commande publique ne sont pas réunies, à dire et juger que la désignation d'un expert pouvait intervenir sans mise en oeuvre des règles relatives aux marchés publics et à imposer au Centre Hospitalier de Vaison La Romaine de faire effectuer sous astreinte les opérations d'expertise par le Cabinet PHYSIOFIRM ;

Disons que le CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine dispose de la faculté de faire le choix d'un candidat ayant répondu à la consultation d'appel d'offres et remplissant la qualité d'expert ;

Condamnons le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine à payer au CHSCT du Centre Hospitalier de Vaison La Romaine la somme de 1300 € au titre des frais irrépétibles ;

Condamnons le Centre Hospitalier de Vaison La Romaine aux dépens de la présente procédure.

Ainsi fait et ordonné les jours, mois et an susdits,

La présente décision a été signée par Daniel FALLOT, Vice Président, et Carmélina DELLA VALLE, Greffière, présente lors des débats et du prononcé.

LA GREFFIÈRE **LE JUGE**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
En conséquence, la République Française mande et Ordonne à tous Huissiers de Justice sur ce requis de mettre la présente décision à exécution, aux Procureurs Généraux et aux Procureurs de la République près les Tribunaux de Grande Instance d'y tenir la main. A tous Commandants et Officiers de la Force Publique de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis.
POUR GROSSE CERTIFIEE CONFORME délivrée par Nous, Greffier du Tribunal de Grande Instance de CARPENTRAS