

24590 9

**COUR D'APPEL DE DOUAI**

u(

**CHAMBRE 1 SECTION 1**

**ARRÊT DU 15/04/2004**

\*  
\*\*

**N° RG : 03/01538**

**JUGEMENT**

**Tribunal de Grande Instance BOULOGNE SUR MER  
du 03 Décembre 2002**

**REF : CG/MB**

**APPELANTE**

**Association CENTRE DE FORMATION PROFESSIONNELLE DES ADULTES  
DE CALAIS (AFPA)**  
ayant son siège social  
168 Boulevard Curie  
62104 CALAIS CEDEX  
agissant en la personne de son Président

représentée par la SCP COCHEME-KRAUT, avoués associés à la Cour  
assistée de la SCP CAILLE LECAT, avocats associés au barreau de LILLE

**INTIMÉE**

**Société TECHNIQUE FRANCAISE DU NETTOYAGE (TFN)**  
ayant son siège social  
251 Rue de Crimée  
75019 PARIS  
représentée par SES DIRIGEANTS LEGAUX

représentée par la SCP DELEFORGE FRANCHI, avoués associés à la Cour  
assistée de Maître DREYFUS, avocat au barreau de PARIS

**COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ**

Madame ROUSSEL, Président de chambre

Madame LAPLANE, Conseiller

Madame GUIEU, Conseiller

-----  
**GREFFIER LORS DES DÉBATS** : Madame HERMANT

**DÉBATS** à l'audience publique du 26 Janvier 2004,

Madame GUIEU, magistrat chargé du rapport, a entendu les conseils des parties. Ceux-ci ne s'y étant pas opposés, ce magistrat en a rendu compte à la Cour dans son délibéré (Article 786 NCPC)

**ARRÊT CONTRADICTOIRE** prononcé à l'audience publique du 15 Avril 2004 après prorogation du délibéré en date du 5 avril 2004 (date indiquée à l'issue des débats) par Madame ROUSSEL, Président, qui a signé la minute avec Madame POPEK, Greffier, présents à l'audience lors du prononcé de l'arrêt.

**ORDONNANCE DE CLÔTURE DU** : 2 DECEMBRE 2003

\*\*\*\*\*

Par jugement du 3 décembre 2002 auquel il est expressément renvoyé pour l'exposé des faits, moyens et prétentions antérieurs des parties, le tribunal de grande instance de Boulogne sur Mer a, dans un litige opposant la société TFN à l'Association Centre de Formation Professionnelle des Adultes de Calais (AFPA) :

- condamné l'AFPA à payer à la société TFN les sommes de 17 857 € et 7 421,88 € avec intérêts légaux à compter du 26 juillet 2002,
- ordonné l'exécution provisoire,
- condamné l'AFPA à payer 250 € au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Par déclaration du 7 mars 2003, l'AFPA a relevé appel de la décision et sollicite par conclusions déposées le 7 juillet 2003 de la Cour :

- de constater la nullité de l'exploit introductif d'instance en vertu de l'article 752 du nouveau code de procédure civile,
- de déclarer en conséquence nul le jugement frappé d'appel,

Evoquant,

- de débouter la société TFN de ses fins, demandes et conclusions à l'encontre de l'AFPA,
- de recevoir l'AFPA en sa demande reconventionnelle,
- de condamner la société TFN à payer à l'AFPA la somme de 5 000 € à titre de dommages et intérêts pour résolution illicite,
- de condamner la société TFN à payer à l'AFPA la somme de 3 000 € sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Par conclusions déposées le 25 septembre 2003, la Société Technique Française du Nettoyage (TFN) demande à la Cour :

- de confirmer le jugement en toutes ses dispositions,

Y ajoutant,

- de condamner l'AFPA à lui payer 3 000 € supplémentaires sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile,
- de condamner l'AFPA aux entiers dépens.

L'instruction de l'affaire a été clôturée par ordonnance du 2 décembre 2003.

L'analyse plus ample des moyens des parties sera effectuée à l'occasion de la réponse apportée à leurs écritures opérantes.

## **MOTIFS**

### **Rappel des faits constants du litige**

La société TFN est une entreprise de nettoyage de locaux.

Selon marché régi par les articles 94 à 95 ter du code des marchés publics et par actes d'engagements des 15 juin 2000 et 11 août 2000, l'AFPA a confié à la société TFN le nettoyage de ses locaux à Calais à compter du 1er septembre 2000. Le montant des prestations s'élevait à 48 651,83 € TTC par an et les rapports contractuels entre les parties étaient régis par l'acte d'engagement, le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et les annexes 1 et 2 à l'acte d'engagement.

Alléguant une mauvaise exécution voire un défaut d'exécution des prestations de nettoyage, l'AFPA a cessé de régler les factures émises à compter de janvier 2001.

A l'issue de plusieurs mois de correspondances, et à la suite d'un courrier de l'AFPA du 8 novembre 2001 l'informant que les pénalités qu'elle entendait lui appliquer au visa de l'article 18 du cahier des clauses administratives particulières, s'élevaient à la somme de 157 423 francs TTC devant se compenser avec les factures demeurées impayées, la société TFN a adressé une mise en demeure à son cocontractant le 20 décembre 2001 et une sommation interpellative le 24 janvier 2002 à l'effet d'obtenir paiement des factures.

A l'issue de la sommation, l'AFPA a procédé au règlement de la somme de 7 999,66 € correspondant à la moitié de la somme réclamée.

Par courrier du 30 janvier 2002, la société TFN a procédé à la résiliation du contrat pour non paiement des prestations.

C'est dans ce contexte qu'elle a assigné l'AFPA en paiement de ses prestations par exploit du 22 juillet 2002, devant le tribunal de grande instance de Boulogne sur Mer.

\* \* \*

#### Sur la nullité du jugement

L'AFPA conclut à la nullité de la décision rendue pour avoir statué sur une assignation frappée de nullité, par application de l'article 752 du nouveau code de procédure civile, dans la mesure où elle ne donnait aucune indication d'avocat postulant constitué pour la société demanderesse.

L'AFPA expose en outre avoir été dans l'impossibilité de se constituer.

La société TFN reconnaît que la mention de la constitution d'avocat admis à postuler devant le tribunal à saisir a fait défaut. Elle estime cependant que par application de l'article 121 du nouveau code de procédure civile, s'agissant d'une irrégularité de fond, il est possible de régulariser la procédure en appel, alors même que le juge a déjà statué en première instance et qu'en l'espèce, la procédure a été régularisée par la constitution d'un avoué territorialement compétent de sorte que l'affaire est valablement pendante devant la Cour.

\* \* \*

Outre les mentions prescrites à l'article 56 du nouveau code de procédure civile, l'assignation devant le tribunal de grande instance doit aux termes de l'article 752 du nouveau code de procédure civile, contenir à peine de nullité, notamment la constitution de l'avocat du demandeur.

Il doit obligatoirement s'agir d'un avocat admis à postuler devant le tribunal à saisir.

Il n'est pas contesté qu'en l'espèce, cette mention ait fait défaut.

Le défaut de constitution ou la constitution d'un avocat non habilité constitue une irrégularité de fond qui peut donc être soulevée en tout état de cause et ne suppose pas la démonstration d'un grief.

Il y a donc lieu de prononcer la nullité de l'acte introductif d'instance et, par conséquent, celle du jugement querellé.

Toutefois, l'appelant ayant, en cause d'appel conclu au fond, il convient pour la Cour, saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif, de statuer sur l'ensemble du litige.

\* \* \*

### Sur le fond

L'AFPA soutient que les prestations offertes par la société TFN ont été insuffisantes voire inexistantes et qu'elle est donc en droit de se prévaloir de l'application de l'article 18 du cahier des clauses administratives particulières.

Elle ajoute qu'il ne peut lui être reproché de ne pas avoir résilié le contrat à son échéance annuelle, s'agissant d'un droit qui lui était ouvert et non d'une obligation. A supposer l'article 18 inapplicable, elle se prévaut de l'exception d'inexécution et demande une réfaction du prix.

\* \* \*

La société TFN souligne que l'AFPA n'a pas respecté les conditions de mise en application de l'article 18 de sorte que celui-ci est inapplicable, qu'au surplus les manquements allégués ne sont pas démontrés et qu'enfin l'article 11 du cahier des clauses administratives particulières n'a pas non plus été respecté. Elle indique que les pièces versées et notamment les procès verbaux de constat n'ont aucun caractère probant.



L'article 11-2 du cahier des clauses administratives particulières dispose que "pour chaque visite et afin d'assurer un bon suivi, une réunion contradictoire des responsables de chantier des deux parties a lieu suivant une périodicité fixée lors de la mise au point du marché. Elle donne lieu à l'établissement d'un procès verbal qui indique la nature et le mode de résolution des litiges rencontrés, sur un registre préalablement fourni par le titulaire. La vérification mensuelle de ce registre sert de base à la liquidation des sommes dues à l'entrepreneur et, le cas échéant, à la détermination du montant des pénalités qui peuvent être mises à la charge de l'entrepreneur dans les conditions prévues aux articles 13 et 18 ci-après".

L'article 18 quant à lui prévoit "qu'en cas de retard, d'inexécution ou de mauvaise exécution de la prestation après une première mise en demeure, non assortie de sanction, adressée au titulaire sous pli recommandé avec avis de réception, l'AFPA se réserve le droit, pour un nouveau manquement ou une non prise en compte d'observations ou de corrections demandées à l'occasion des points d'étapes, des contrôles et des validations prévus dans le marché, soit d'appliquer des pénalités calculées en fonction de la surface sur laquelle les pénalités portent et de la fréquence des prestations prévues non exécutées ; soit de faire exécuter les prestations par un autre prestataire de son choix, aux frais et risques du titulaire du marché, cette mesure étant assimilée à une pénalité".

D'autre part, l'AFPA se réserve le droit de résilier le marché sans indemnité ni mise en demeure préalable dès que les pénalités atteignent 15 % du marché.

En l'espèce, il ressort des différents échanges de courriers versés aux débats que dès le 31 janvier 2001, l'AFPA a reproché à la société TFN une mauvaise exécution des prestations voire une inexécution de celles-ci.

Il a notamment été reproché une absence de réalisation des prestations "dans les salles de cours au niveau des ateliers, (Shed, réparation automobile) et dans l'hébergement" par courrier du 31 janvier 2001.

Il a également été stigmatisé une "mauvaise réalisation du nettoyage de la cuisine du week-end des stagiaires" par télécopie du 12 mars 2001.

Les autres courriers étaient plus vagues (6/02/01 - 5/03/01 - 19/07/01) relatant un "non respect des obligations de prestations", sans en donner le détail.

C'est à compter de janvier 2001 que l'AFPA a cessé tout paiement et par courrier du 8 novembre 2001 qu'elle a informé son prestataire que le montant des pénalités s'élevait à 157 423 francs TTC.

Or, il résulte de la rédaction de l'article 18 du cahier des clauses administratives particulières (rédigé par l'AFPA), que cet article requiert à titre de préalable, l'envoi d'une mise en demeure, non assortie de sanction, adressée au titulaire du marché par lettre recommandée avec accusé de réception.

L'examen des pièces démontre qu'aucune mise en demeure n'a été adressée par l'AFPA à la société TFN, et ce même si les courriers échangés l'ont toujours été par la voie recommandée.

De plus, pour que l'article 18 puisse recevoir application, il doit s'observer un nouveau manquement ou une non prise en compte d'observations ou de corrections demandées à l'occasion des points d'étapes, des contrôles et des validations.

Il n'est justifié d'aucun contrôle de prestations contradictoire, de validations ou de points d'étapes.

Il doit sur ce point être précisé qu'à plusieurs reprises la société TFN a pourtant proposé des rendez-vous à l'AFPA (2/02/01 - 22/02/01 - 24/07/01).

Il sera ajouté qu'il n'est pas davantage justifié que les dispositions de l'article 11 aient été respectées. Il n'a notamment pas été tenu de réunions contradictoires des responsables de chantier donnant lieu à rédaction de procès verbaux réguliers et à la tenue du registre les collectant.

Il s'infère de l'ensemble de ces observations que le défaut par l'AFPA du respect de la procédure préalable prévue contractuellement à l'article 18, lui interdit de se prévaloir de l'application de cet article et notamment de se prévaloir du droit d'appliquer les pénalités.

Il ne peut toutefois lui être reproché de ne pas avoir résilié le marché dans les conditions de l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières, c'est à dire en respectant un préavis de 3 mois au terme de la première année d'exécution ; dans la mesure où il s'agissait d'une simple faculté qui lui était ouverte.

\* \* \*

Subsidiairement, l'AFPA soutient que la société TFN est mal fondée dans ses prétentions tendant au paiement des factures impayées dans la mesure où, compte tenu de la mauvaise exécution des prestations il peut lui être opposée l'exception d'inexécution. Il appartient à celui qui invoque l'exception d'inexécution en alléguant que son cocontractant n'a rempli que partiellement son obligation d'établir cette inexécution.

Les seuls courriers adressés par l'AFPA à la société TFN ne permettent pas à eux seuls de se convaincre de la nature des manquements allégués, de leur réalité et de leur étendue, en l'absence de tout autre élément et notamment des documents contradictoires qui auraient dû être établis au titre du suivi pendant la période litigieuse.

Il sera ajouté que les observations qui y sont portées ne sont dans leur majorité pas suffisamment circonstanciées et précises, en tout état de cause, pour permettre d'apprécier la réalité et la nature des manquements allégués.

L'AFPA produit cependant deux procès verbaux de constat d'huissier réalisés sur site les 10 décembre 2001 et 18 janvier 2002.

Les constats laissent apparaître la présence de poussière, des poubelles pleines, des vitres sales... ce qui selon l'AFPA démontre la qualité médiocre des prestations effectuées.

Il doit être indiqué à titre préliminaire que le caractère non contradictoire de ces constats n'est pas en lui-même comme le soutient la société TFN de nature à leur ôter toute force probante dès lors que les parties ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il s'observe que dans aucun des deux constats, l'huissier n'a mentionné le jour de la semaine et l'heure auxquels il avait procédé à ses constatations, alors même que la périodicité de certaines prestations (qui peuvent être hebdomadaires voire mensuelles) et d'horaire de réalisation sont de nature à expliquer le teneur des observations.

Ainsi les salariés du secteur automobile de l'AFPA ont pu déclarer dans le premier procès verbal de constat assurer l'entretien alors même que n'est prévue qu'une intervention mensuelle de la société TFN dans ce secteur. De même, selon l'heure à laquelle l'huissier a pu procéder, les poubelles pouvaient être non encore vidées.

Il s'observe également que certaines prestations sont exclues du cahier des charges (vitrerie dans le secteur automobile) tandis que d'autres sont exécutées à la demande (cf annexe2) en supplément du contrat de base (nettoyage des chambres, décapage des sols). L'huissier sans distinction a cependant opéré des constatations sur ces différents points.

Il ressort de l'ensemble de ces observations que les constats invoqués par l'AFPA ne permettent pas de démontrer l'inexécution ou la mauvaise exécution des prestations dès lors que l'absence de précision quant à l'heure et à la date des constatations ne permet de se convaincre de la réalité des manquements allégués, et que les observations étaient générales.



Il sera ajouté de surcroît qu'à les supposer avérés, les manquements ne porteraient alors que sur une période de moins de deux mois (entre le 10 décembre 2001 et le 18 janvier 2002), un an après la cessation de tout paiement, et qu'ils seraient donc insusceptibles de faire la preuve de l'inexécution des prestations pendant toute la période litigieuse, objet des factures impayées.

L'AFPA est donc mal fondée à opposer l'exception d'inexécution pour prétendre à une réfraction du montant impayé des factures régulièrement produites aux débats.

Il convient dès lors de confirmer le jugement l'ayant condamnée au paiement de la somme de 17 857 € au titre du solde restant dû.

\* \* \*

La société TFN sollicite par ailleurs la confirmation du jugement ayant condamné l'AFPA au paiement de la somme de 7 421,88 € pour manque à gagner jusqu'à l'expiration du contrat qu'elle a été contrainte de résilier avant sa fin.

L'AFPA conclut à la réformation du jugement dans la mesure où aucune clause contractuelle n'autorisait la société à agir de la sorte, en méconnaissant les dispositions de l'article 1184 du code civil. La société TFN n'a fait valoir aucune observation sur ce point dans ses conclusions d'appel.

Aux termes de l'article 1184 du code civil, dans le cas où l'une des parties au contrat n'exécute pas son engagement, le contrat n'est pas résolu de plein droit et la résolution doit être demandée en justice.

Comme le souligne justement l'AFPA, aucune disposition contractuelle dans l'acte d'engagement ne prévoyait au surplus la possibilité pour le prestataire de rompre le contrat en cas de non paiement. Aucune clause résolutoire de plein droit n'était en effet prévue entre les parties.

Aussi, en décidant, certes après une mise en demeure et une sommation, de mettre fin au contrat, la société TFN a agi à ses risques et périls, ce comportement lui interdisant de solliciter ultérieurement une quelconque indemnisation au titre d'un manque à gagner.

Le jugement doit donc être réformé en ce qu'il a condamné l'AFPA au règlement de la somme de 7 421,88 € à ce titre au profit de la société TFN et celle-ci déboutée de sa demande à ce titre.

\* \* \*

L'AFPA sollicite une somme de 5 000 € à titre de dommages et intérêts pour résolution illicite.

Elle sera déboutée de sa demande, ne démontrant pas le préjudice que lui aurait causé la résolution alors même qu'elle prétend que les prestations n'étaient pas ou mal réalisées.

Les dispositions relatives à l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile seront confirmées, l'équité commandant en outre d'allouer à la société TFN une somme de 600 € à ce titre en cause d'appel, mise à la charge de l'AFPA.

### PAR CES MOTIFS

**Prononce la nullité du jugement déféré,**

**Le confirme en ce qu'il a condamné l'AFPA au paiement de la somme de 17 857 € (HT) avec intérêts au taux légal à compter du 26 juillet 2002 au titre du solde de factures, et au paiement de la somme de 250 € au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,**

**Le réforme en ce qu'il l'a condamnée au paiement de la somme de 7 421,68 € au titre du manque à gagner,**

**Statuant à nouveau**

**Déboute la société TFN de sa demande à ce titre,**

**Y ajoutant**

**Déboute l'AFPA de sa demande de dommages et intérêts et d'article 700 du nouveau code de procédure civile,**

**Condamne l'AFPA au paiement au profit de la société TFN de la somme de 600 € au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,**

**La condamne aux entiers dépens de première instance et d'appel dont distraction pour ces derniers au profit de la SCP DELEFORGE et FRANCHI, avoués associés, conformément aux dispositions de l'article 699 du nouveau code de procédure civile.**

Le Greffier,

  
C. POPEK

Le Président,

  
B. ROUSSEL