

**Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 27
février 2007, numéro 05BX00344, Mme et M. Ho Yew**
Frédéric Sauvageot

► **To cite this version:**

Frédéric Sauvageot. Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 27 février 2007, numéro 05BX00344, Mme et M. Ho Yew. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2008, pp.276-278. hal-02610883

HAL Id: hal-02610883

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02610883>

Submitted on 18 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CONTRATS ET COMMANDE PUBLIQUE - Marchés de fournitures - enrichissement sans cause - fourniture de repas pour centre de vacances - convention transactionnelle - prête nom et marchés publics - commande verbale

CAA Bordeaux, 27 février 2007, Mme et M. Ho Yew, n°05BX00344

Frédéric SAUVAGEOT, Maître de Conférences HDR en Droit Public

Peut-on allégrement violer le code des marchés publics et le code pénal et obtenir quand même gain de cause devant le juge administratif ? L'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Bordeaux le 27 février 2007, à la suite d'un appel de M et Mme. Ho Yew, respectivement père et fille, contre un jugement du Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion répond – fort heureusement- pas la négative.

En l'espèce, le litige est né du refus par la commune réunionnaise de Saint-Paul de régler une somme d'environ 30 000 euros réclamée par les appelants, au nom d'une société Kris Traiteur auteur des factures non honorées, en paiement de repas livrés pour assurer le fonctionnement de centres de vacances organisés par cette commune. Ce refus se fonde en particulier sur l'absence de contrat de prestation de service régulièrement conclu par la commune pour ce faire. La commande a en effet été passée verbalement par un simple employé de la commune qui plus est moyennant une “commission” pénalement répréhensible. Confirmant la solution retenue par les premiers juges, la Cour de Bordeaux considère effectivement que le paiement litigieux ne saurait être obtenu ni sur le fondement de la responsabilité contractuelle, ni sur celui de la théorie de l'enrichissement sans cause.

L'impossibilité d'agir sur le terrain contractuelle, logique dans son principe, est motivé par la Cour de manière *a priori* surprenante. Elle se fonde en effet, de manière principale, sur l'absence de contrat, de manière subsidiaire, sur l'absence de contrat régulier, et, “*au surplus*”, sur la commission d'une infraction pénale lors de la commande desdits repas.

L'absence de contrat, retenue à titre principal, ne souffre aucun doute. De manière non contestée, la commande des repas a fait l'objet d'un simple accord verbal entre un employé de la commune et M. Ho-Yew. Or, accord se peut être analysé comme un contrat passé entre la commune et la société EURL Kris Traiteur dont les appelants entendent défendre les intérêts. Cette entreprise n'a en effet été immatriculée et exploitée que postérieurement à la date de cet accord verbal. Par ailleurs, la Cour relève que l'action du père ne peut en aucun cas être imputée à la société dont Mme Ho-Yew est légalement seule dirigeante. Mettant en oeuvre des principes classiques du droit des sociétés, la Cour relève tout d'abord que l'action du père au nom de la société Kris ne peut être établie par la production d'un mandat donné par Mme Yo-Yew à son père à l'effet d'agir, par anticipation, au nom de l'EURL en formation. Poursuivant son analyse, la Cour observe ensuite qu'aucun acte, établi lors de la constitution de celle-ci, n'a eu pour objet de lui faire reprendre les engagements antérieurement souscrits par M. Yo-Yew. Ainsi, M. Ho-Yew est-il resté un parfait tiers par rapport à la société qui n'a donc, en aucun cas, pu exprimer un engagement de cette société envers la commune. Ainsi, c'est l'existence même d'un accord de volonté entre la commune et la société Kris Traiteur qui fait défaut. Et la Cour de donner l'explication de cet imbroglio : M. Ho-Yew était interdit d'exercer toute activité commerciale par un jugement de tribunal de commerce prononçant sa faillite personnelle. Il a donc demandé à sa fille de constituer l'EURL Kris Traiteur pour offrir un cadre juridique à l'exécution de son accord verbal et notamment la possibilité de facturer la livraison des repas au nom de l'EURL. Devant la limpidité de l'absence de contrat entre la commune et l'EURL au regard de ces observations, on ne peut être que surpris de la formulation par la Cour d'un subsidiaire relatif à la nullité du contrat dont se prévalent les requérants pour obtenir le paiement des repas.

Un tel subsidiaire, qui ressort de ce que la Cour considère “*qu'en admettant même, au demeurant, l'existence d'un contrat passé pour le compte de la société Kris Traiteur (..)*”, participe certainement d'une démarche pédagogique de la Cour à l'égard des parties, voir, plus généralement, des acteurs de la commande publique. Elle l'utilise en effet pour rappeler que même les contrats susceptibles d'être conclus en dehors d'un formalisme particulier prévu par le code des marchés publics ne sont, d'une manière générale, “*pas pour autant exclu du champ d'application des règles fondamentales posées, notamment, par le Traité instituant l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à la commande publique*”. En d'autres termes, la légalité de la conclusion des contrats de l'administration ne saurait être réduite au respect des dispositions du droit interne en la matière, en particulièrement du code des marchés publics. De manière sensiblement plus large, il convient de prendre en compte les exigences communautaires en la matière. La portée pédagogique de ce subsidiaire, dont la pertinence intrinsèque n'est plus démontrée¹, paraît renforcée par l'observation de ce que la Cour ne prend pas la peine d'identifier plus précisément les normes qui fondent “*les obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à la commande publique*”. Elle se borne à relever l'absence totale de formalité préalable à la conclusion de la commande litigieuse. En tout état de cause, ce subsidiaire fait écho à l'arrêt rendu par la même Cour le 9 novembre 2004 *SODEGIS c/ne de Cilaos*, et dans lequel elle censurait, nonobstant le fondement législatif exprès pour procéder de la sorte, la conclusion d'une convention d'aménagement en l'absence de mise en concurrence préalable au motif qu'elle “*n'était pas pour autant exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le*

¹Sur les sources communautaires du droit des contrats de l'administration, notamment, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 5e éd., LGDJ, 2006.

*traité de l'Union, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats*¹. Récusant le laconisme légendaire du juge administratif, la Cour ne s'arrête pas ici pour dénier toute possibilité d'engager la responsabilité contractuelle de la commune. Elle tient encore à indiquer que la passation de la commande est en outre entachée par un arrangement "douteux" entre M. Ho-Yew et l'employé communal.

Avant d'en finir avec le terrain contractuel, la Cour indique que "*au surplus*", il ressort d'une enquête judiciaire que "*le prix des prestations devant être facturées à la commune (..) comprenait, à concurrence de deux francs par repas, une somme devant être rétrocédée à l'agent municipal qui l'avait négocié avec M. Ho-Yew*". Mais, elle n'en tire aucune conclusion particulière en terme de vice contractuel, comme si elle avait seulement tenu à dresser un tableau complet de cette bien triste affaire et achevé de mettre en cause le peu de moralité des requérants et leur incroyable audace contentieuse. Le rejet de leur requête supposait toutefois d'écarter une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'enrichissement sans cause, ce qui n'a posé aucune difficulté à la Cour en l'espèce.

Aux termes d'une jurisprudence bien connue, la théorie de l'enrichissement sans cause de l'administration "*permet d'assurer des indemnisations, que l'équité commande, dans des cas, notamment, où des travaux ont été exécutés ou des prestations fournies sur la base d'un contrat qui, finalement, n'a pas été conclu, qui est entaché de nullité, qui était arrivé à son terme, ou sans qu'aucun contrat n'ait été préparé, ou encore en marge d'un contrat*"². En l'espèce, les repas ayant été livrés à la commune, il paraissait adroit d'en rechercher le paiement sur le fondement d'un quasi-contrat relatif à l'une des hypothèses précitées, et notamment l'absence de contrat ou la nullité du contrat. Si besoin était, la chose était d'ailleurs facilitée par la jurisprudence *Société Citécable* qui autorise les requérants à invoquer cet argument pour la première fois en appel³. La Cour a toutefois facilement mis fin aux prétentions des appelants en relevant qu'ils agissaient au nom et pour le compte de la société EURL Kris Traiteur et que celle-ci n'a subi aucune "*appauvrissement*" dans cette affaire dans la mesure où la confection et la livraison des repas ont été intégralement assurées par M. Ho-Yew sur ses fonds propres. Il appartient donc, le cas échéant, à M. Ho-Yew d'introduire une action en son nom propre sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Mais il y a alors fort à parier qu'il se voit opposer la rigueur de la déchéance quadriennale, ce qui réjouira toutes les honnêtes gens.

¹Note J-D. Dreyfus, AJDA 2005, p. 257, Fatôme et Richer, CP-ACCP, avril 2005, n°43.

²R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15e ed, 2001, p. 1223, n°1397. Dans le cas particulier de l'illégalité du contrat, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5e éd., 2006, p.195, n° 282.

³CE, Section, 20 octobre 2000, p. 457, conc. H. Savoie, RFDA 2001, p. 359. Sur l'invocabilité de cette jurisprudence au profit de l'administration, CE, 22 février 2008, *MM. Schmeltz et Orsellì*, n°286174, note, L. Marcovici, AJDA 2008, p. 1102.