

N° 471 091  
Société Citétech-Citéquip

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 13 septembre 2023

Lecture du 10 octobre 2023

## Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

Cette affaire de référé-provision va vous donner l'occasion de vous prononcer sur les **effets à tirer, dans un litige d'exécution, d'une absence de transmission d'un contrat au représentant de l'Etat: faut-il, lorsque cette formalité est obligatoire, écarter l'application du contrat ?**

1. En l'occurrence, la commune de Gardanne (13) a passé en 2021 un marché public global de performance d'un montant de près de 40 millions d'euros ayant pour objet la création d'un réseau multiservices regroupant l'ensemble de ses équipements urbains et de ses bâtiments. Le contrat a été confié à un groupement d'entreprises composé des sociétés Travaux électriques du Midi (TEM), Valmont et Citétech-Citéquip, qui en est le mandataire.

En avril 2022, après lancement des études et travaux et versement des deux premiers acomptes, la société d'économie mixte d'aménagement de Gardanne (SEMAG), à qui la commune a confié un mandat de maîtrise d'ouvrage, a informé le groupement de l'ajournement du marché et de la suspension des paiements, en raison, entre autres, du refus du comptable de procéder à ces versements, faute pour le marché d'avoir été transmis au représentant de l'Etat. Le groupement ayant refusé de poursuivre l'exécution du marché tant que les acomptes ne lui seraient pas versés, la commune l'a résilié le 21 octobre 2022.

Un peu avant cette résiliation, le mandataire du groupement avait saisi le juge des référés du TA de Marseille de conclusions tendant au versement à titre de

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

provision de sommes correspondant aux acomptes n° 3 et 4, sur le fondement du contrat ou, à titre subsidiaire, de l'enrichissement sans cause.

Le JRTA y a fait droit mais, par une ordonnance du 20 janvier 2023 contre laquelle se pourvoient les sociétés Citétech et TEM, le juge des référés de la CAA de Marseille a annulé cette décision et rejeté la demande de provision. Il a estimé que la question de savoir si les clauses du contrat étaient applicables, dès lors que le contrat n'avait pas été transmis au préfet, posait une question de droit soulevant une difficulté sérieuse, ce qui faisait obstacle à l'octroi d'une provision, que ce soit sur le terrain contractuel ou sur celui de l'enrichissement sans cause.

Précisons ici – mais cela ne ressortait pas des pièces des dossiers soumis aux premiers juges, ce qui vous interdit de le prendre en considération en tant que juge de cassation – que le contrat en question a, dans les faits, finalement été transmis au préfet le 28 octobre 2022, ainsi qu'en attestent les éléments produits devant vous seulement.

**2.** Nous allons vous proposer d'accueillir le pourvoi, dont au moins deux des trois moyens nous paraissent fondés.

**2.1.** Nous n'avons d'abord guère de doutes – mais cela ne vous conduirait qu'à casser partiellement la décision attaquée – sur le fait que le JRCAA ne pouvait rejeter les conclusions présentées sur le terrain quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause en se fondant sur le motif de l'inapplicabilité des clauses du contrat...

Par définition, un tel argument ne peut en effet valoir que sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Il ne permet pas en revanche de caractériser l'inexistence d'une obligation extra-contractuelle (cf., pour un exemple d'approche différenciée d'une créance contractuelle et d'une créance au titre de l'enrichissement sans cause : CE 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, n° 340647, C). Vous ne pourriez donc que censurer l'ordonnance en tant qu'elle a statué sur les conclusions présentées au titre de l'enrichissement sans cause.

**2.2.** Plus fondamentalement, nous pensons également que l'ordonnance est

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

entachée d'une autre erreur de droit, voire, si l'on voulait être formaliste, d'une méconnaissance de son office par le juge du référé-provision.

En effet, si l'on s'en tient à la lettre de sa décision, le JRCAA a seulement estimé que le caractère exécutoire de la convention posait une question de droit soulevant une difficulté sérieuse, ce dont il a déduit que l'obligation à la charge de la commune de Gardanne était sérieusement contestable.

C'est là aller un peu vite en besogne car, fût-elle délicate, une difficulté juridique ne constitue pas, à soi seule, une contestation sérieuse de l'existence de l'obligation : il appartient au contraire au juge de prendre parti sur le cadre juridique applicable et de se prononcer directement sur le caractère sérieux de la contestation (voyez en ce sens : CE 8 mars 2006, *A...*, n° 273352, T. pp. 1007-1093, ccl. C. Devys). Or, ce n'est pas ce qu'a fait le juge d'appel ici, même s'il s'agit peut-être autant là d'une maladresse que d'une erreur...

**2.3.** Quoiqu'il en soit, nous pensons que vous pourrez plutôt, de manière plus substantielle, accueillir le moyen tiré de l'erreur de droit qu'a commise le juge des référés en déduisant du défaut de transmission du contrat au représentant de l'Etat le fait que la créance était sérieusement contestable.

Il est vrai que la question n'est, à notre connaissance, pas expressément tranchée, ce qui peut expliquer la solution qu'il a retenue, qui s'appuie également sur des arguments de texte très forts.

Vous savez qu'en application des articles L. 2131-1 et 2131-2 du CGCT, un certain nombre de contrats passés par les communes<sup>1</sup>, dont les marchés publics d'un montant supérieur à un seuil défini par décret<sup>2</sup>, ne sont exécutoires qu'à compter de leur transmission au représentant de l'Etat.

---

<sup>1</sup> Il existe des dispositions similaires pour les autres niveaux de collectivités (cf. art. L. 3131-1 et s ; L. 4141-1 et s.) mais aussi pour les EPCI (L. 2131-12).

<sup>2</sup> En l'espèce, le marché devait être transmis au préfet par l'effet de l'article D. 2131-5-1 du CGCT selon lequel : « Le seuil mentionné au 4° de l'article L. 2131-2 (...) est celui qui s'applique aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales selon l'une des procédures formalisées au sens de l'article L. 2124-1 du code de la commande publique. » ; ce seuil en 2021 était de 214 000 euros – cf. avis NOR : ECOM1934008V.

Dès lors qu'il ressortait des pièces qui lui étaient soumises que le contrat n'avait pas été transmis au contrôle de légalité, il est donc logique que le juge des référés ait considéré que ses stipulations étaient dépourvues de force exécutoire et qu'il ne pouvait donc en faire application pour caractériser l'existence d'une obligation contractuelle à la charge de la collectivité.

Cette lecture implacable du texte législatif se heurte toutefois à la logique pragmatique issue de votre célèbre jurisprudence « *Béziers I* » (Assemblée 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, p. 509).

Votre décision d'Assemblée ne s'est en effet pas bornée à définir les modalités du recours par lequel les parties au contrat peuvent en contester la validité mais elle a aussi pris position sur les recours que ces mêmes parties peuvent intenter dans les litiges portant sur l'exécution du contrat.

Or, dans ce domaine, vous avez jugé qu'il incombe en principe au juge, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Ce n'est que 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, qu'il doit écarter le contrat, ce qui lui interdit de régler le litige sur le terrain contractuel.

Comme l'a assez abondamment illustré votre jurisprudence depuis lors, **l'équilibre ainsi institué entre principe de légalité et principe de loyauté des relations contractuelles penche davantage en faveur de ce dernier principe.**

Il est en tout cas frappant d'observer que votre décision *Béziers I* ne dit rien de la question de vices postérieurs à la formation du contrat, tel que celui dont nous avons à connaître aujourd'hui, puisqu'il est certain que l'absence de transmission au préfet du marché déjà signé n'affecte pas en soi la licéité de son contenu et ne constitue pas non plus un « vice d'une particulière gravité » au sens de votre jurisprudence sur ce point, qui cantonne cette notion aux principaux vices du consentement et à quelques manquements très graves susceptibles de recevoir une qualification pénale (CE 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, n° 413584, p. 63) ou mettant en cause le principe d'impartialité

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

(CE 25 novembre 2021, *Collectivité de Corse*, n° 454466, A).

Ce silence de la jurisprudence *Béziers I* vous ouvre une alternative :

- vous pouvez, dans une première approche, estimer qu'il vous est loisible de la compléter en affirmant que, dans les hypothèses où un texte prévoit qu'un contrat n'est pas exécutoire, il n'appartient pas au juge du contrat, dans un litige d'exécution, d'en faire application – et nous pensons aussi là à des hypothèses voisines où l'exécution du contrat serait subordonnée à son approbation par une autre autorité (comme c'est par exemple le cas des concessions autoroutières qui sont approuvées par un décret en Conseil d'Etat et pour lesquelles vous jugez que l'acte d'approbation est extérieur au processus contractuel, ce qui justifie qu'il soit susceptible de recours pour excès de pouvoir – cf. CE 27 janvier 2023, *M. B...*, n° 462752, 465060, à mentionner aux Tables) ;

- dans une seconde approche, vous pouvez au contraire considérer que ce silence est assumé et que les réserves prévues par votre décision *Béziers I* n'en appellent pas d'autres.

Pour dire les choses autrement, il vous faut arbitrer entre la lettre des textes, en donnant toute sa portée à l'article L. 2131-1 du CGCT, et l'esprit de votre jurisprudence, qui tend à faire prévaloir l'impératif de loyauté des relations contractuelles.

Non sans avoir hésité, il nous semble que la seconde branche de l'alternative permet de garantir une plus grande cohérence du régime du contentieux contractuel.

a) En premier lieu, votre jurisprudence est déjà assez engagée en ce sens.

Rappelons que, dans votre décision *Béziers I*, confirmée par plusieurs autres sur ce point<sup>3</sup>, vous avez, alors même qu'étaient en cause les mêmes dispositions

---

<sup>3</sup> Notamment, statuant en deuxième cassation après l'arrêt *Béziers I* : CE 27 février 2015, *Commune de Béziers*, n° 357028, p. 66 ; voir aussi, pour l'absence-même de délibération : CE 8 octobre 2014, *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, n° 370588, T. p. 742-750

législatives que celles applicables ici, juger que l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat, d'où il résulte que cette délibération n'est pas encore exécutoire, constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement mais que ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel.

Certes, ce n'était pas, dans cette affaire, le caractère exécutoire du contrat lui-même qui était en cause mais seulement celui d'un acte concourant à sa formation. Il reste que si vous avez admis que le vice affectant la formation du contrat ne pouvait suffire à en écarter ultérieurement l'application, nous voyons mal comment vous pourriez vous montrer plus sévères pour un vice de même nature n'affectant cette fois que la transmission du contrat déjà formé mais non son contenu ou sa régularité.

En tout état de cause, vous n'avez pas été arrêtés alors par la lettre de la loi, qui privait pourtant de caractère exécutoire la délibération autorisant la conclusion du contrat.

De même, dans un litige d'exécution où les parties étaient convenues d'une date de prise d'effet antérieure tant à la signature qu'à la notification du contrat, en méconnaissance de l'article 79 du code des marchés publics alors en vigueur qui prévoyait que le marché doit être notifié avant tout commencement d'exécution, vous avez jugé que cette illégalité n'entachait pas d'illicéité le contrat et n'était pas d'une gravité suffisante pour écarter son application (CE 22 mai 2015, *AXA Corporate solutions*, n° 383596, T. p. 751-761).

Certes encore, dans cette seconde affaire, n'était pas non plus directement en cause le caractère exécutoire du contrat *stricto sensu* mais la licéité d'une de ses clauses. Il reste que, dès lors que cette clause était indivisible du reste du contrat et qu'elle avait pour effet de soustraire la convention à une règle régissant son exécution, le parallèle avec notre affaire paraît éclairant.

b) Au-delà de ces précédents, il nous semble plus fondamentalement que, par sa nature, **l'absence de transmission du contrat au préfet n'affecte ni la**

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

**formation du contrat ni son contenu ni même son existence** puisqu'à ce stade, le contrat a déjà été conclu. Un défaut de transmission au préfet n'a donc pas, entre les parties, de quelconques conséquences sur sa force obligatoire.

C'est d'autant plus vrai que cette obligation de transmission résulte d'une règle propre au fonctionnement de la personne publique cocontractante et dont la réalisation ne dépend que d'elle. Il y a de fait une **asymétrie totale** entre les parties et il ne paraît pas justifié que la collectivité puisse, plus ou moins à propos, se prévaloir de ce qu'elle n'a pas effectué la formalité lui incombant pour ne pas appliquer le contrat.

On pourrait certes arguer, à cet égard, qu'en neutralisant le défaut de transmission au contrôle de légalité, vous décourageriez les collectivités d'accomplir les diligences qui leur reviennent. Toutefois, nous observons qu'à supposer que ce risque se manifeste (car il est également des élus prudents, pour lesquels la transmission au préfet constitue une sécurité juridique), la solution que nous préconisons ne préjudiciera de toute façon pas à l'exercice du contrôle de légalité et aux intérêts qu'il protège puisque, faute d'une telle transmission, le délai de recours restera toujours ouvert au préfet.

A l'inverse, il nous paraît sage de ne pas laisser entre les mains d'une seule des deux parties un instrument qui lui permettrait opportunément de s'abstenir de remplir les obligations inhérentes à une convention qu'elle aura pourtant passée...

Dans ces conditions, nous vous invitons à juger que le défaut de transmission du contrat au représentant de l'Etat ne pouvait, à lui seul, être regardé comme d'une gravité telle qu'il fasse obstacle à ce que le litige soit réglé sur le terrain contractuel.

**3. Vous pourrez donc annuler l'ordonnance attaquée et régler l'affaire au titre de la procédure de référé**, ce qui vous évitera d'avoir à statuer sur les conclusions à fin de sursis à exécution de l'ordonnance du premier juge des référés.

A vrai dire, quel que soit le motif d'annulation que vous aurez retenu, vous

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

pourrez régler le litige sur le terrain contractuel puisque, comme nous vous l'avons dit, il résulte de l'instruction devant vous que le contrat a été transmis au préfet le 28 octobre 2022 et qu'il est de toute façon exécutoire à la date de votre décision.

Dans ce cadre, il apparaît que les deux sociétés requérantes n'ont produit, à l'appui de leurs demandes de paiement des acomptes litigieux, aucun justificatif des prestations facturées, en méconnaissance des stipulations du CCAP. De même, elles ne produisent qu'un simple « document de travail sur les cas d'usages et de gouvernance » ainsi qu'un extrait du journal d'informations municipales pour établir l'existence d'une autorisation préalable à l'exécution des travaux, alors que l'article 6 du CCAP impose une validation préalable du projet d'ensemble par le maître d'ouvrage.

Ceci nous paraît tout à fait insuffisant pour faire regarder la créance dont se prévaut le groupement comme non sérieusement contestable, sans qu'il soit besoin d'entrer dans le débat sur la qualité des prestations ou la réalité du matériel effectivement livré sur le fondement d'un inventaire contradictoire.

Vous accueillerez donc les conclusions d'appels formées contre l'ordonnance qui y avait pour sa part fait droit – mais il est vrai que la commune n'avait pas défendu devant le premier juge – et rejetterez la demande de provision.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée et de celle du 6 octobre 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Marseille ;
- à ce qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de sursis à exécution de cette dernière ordonnance ;
- au rejet de la demande de provision présentée par les sociétés Citétech-Citéquip et Travaux électriques du Midi ainsi que de leurs conclusions au titre des frais d'instance ;
- à ce que les sociétés Citétech-Citéquip et Travaux électriques du Midi versent chacune une somme de 1 000 euros, d'une part, à la commune de Gardanne et, d'autre part, à la société d'économie mixte d'aménagement de

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Gardanne au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*