

# Fiche Introductive

## **LES SOURCES DU DROIT PUBLIC DES CONTRATS**

### **BIBLIOGRAPHIE**

- DELVOLVE (P.), « Constitution et contrats publics », *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469.
- GAUDEMET (Y.), « Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (en ligne sur le site du Conseil).
- MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. des thèses, 2010.
- MARTIN (J.), *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse droit Paris-2, 2008.
- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, tome n°1, Dalloz 2007, p 10 et s.
- WALINE (M.), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Etudes juridiques offertes à L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Dalloz, 1964, pp. 634-645.

### **RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

- Référence 1 :** Conclusions du commissaire du gouvernement sur CE, section, 28 juin 1996, Krief.
- Référence 2 :** CE, Sect., 28 juin 1996, Krief, *JCP G* 1996, II, 22704.
- Référence 3 :** Conclusions du commissaire du gouvernement sur CE, Ass, 6 février 1998, Tête, *Rec.* p. 30, *RFD adm.* 1998, p. 412.
- Référence 4 :** CE, Ass., 6 février 1998, Tête, *Rec.* p. 30, *RFD adm.* 1998, p. 412, note P. SUBRA de BIEUSSES ; *JCP G* 1998, II, 1223, note P. CASSIA ; *AJDA* 1998, p. 458, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR.
- Référence 5 :** CE, 3/8ssr., 30 décembre 2015, SA des Eaux de Marseille, req. n°387666.

### **DÉCISIONS DU CORPUS**

- CC, 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques,
- CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit
- CC, 30 novembre 2006, n° 2006-453 DC, Loi relative au secteur de l'énergie
- CC, 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat,
- CE, Ass., 29 avril 1981, Ordre des architectes
- CE, Sect., 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr
- CE, 5 mars 2003, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, et UNSPIC (deux arrêts)
- CE, Ass., 29 avril 1981, Ordre des architectes
- CE, Section, 11 juillet 2001, Société des eaux du Nord
- CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics
- CE, 26 septembre 2007, Office public départemental des habitations à loyer modéré du Gard
- CE, 15 février 2008, Commune de La Londe-les-Maures

### **EXERCICES SUGGÉRÉS :**

#### **Epreuve théorique : dissertation**

- *Le juge administratif du contrat et l'application du droit privé*

#### **Épreuve pratique : Commentaire d'arrêt de la fiche**

- *CE, 3/8ssr., 30 décembre 2015, SA des Eaux de Marseille, req n°387666*

**Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE,  
Section 28 juin 1996 Krief

La présente affaire qui, pour l'essentiel, pose la question de l'application d'une disposition du code civil -l'article 1326- aux contrats administratifs a pour cadre législatif les dispositions des lois des 26 décembre 1961, 6 novembre 1969 et 15 juillet 1970 relatives aux rapatriés et aux personnes dépossédées de leurs biens outre-mer.

-A-

Les articles 30 et 31 du décret du 10 mars 1962, pris sur le fondement de la loi du 26 décembre 1961, avaient prévu que les rapatriés pourraient bénéficier de prêts de réinstallation destinés à faciliter leur retour en France métropolitaine. Ces prêts étaient accordés par des établissements bancaires de droit privé qui, à cet effet, avaient conclu une convention avec l'Etat. Par une décision de section Culard en date du 28 juin 1976 (p.320), vous avez considéré que ces établissements agissaient au nom de l'Etat et vous en avez déduit que les contrats de prêts conclus dans ce cadre avec les rapatriés constituaient des contrats administratifs. De nombreux rapatriés ont éprouvé de grandes difficultés à rembourser ces prêts, ceci d'autant plus que le législateur n'avait pas pris les mesures d'indemnisation annoncées par la loi du 26 décembre 1961 concernant la perte des biens que les rapatriés possédaient dans les territoires devenus indépendants. Devant ces difficultés et dans l'attente de la mise en œuvre des mesures d'indemnisation, la loi du 6 novembre 1969 a prévu une suspension des poursuites et la main levée des sûretés réelles garantissant les prêts. L'année suivante était votée la loi d'indemnisation du 15 juillet 1970 ultérieurement complétée par une loi du 2 janvier 1978. Selon l'article 46 de la loi du 15 juillet 1970, le montant de l'indemnité devait, en priorité, être affecté au remboursement des prêts conclus dans les conditions précédemment indiquées. Des lois ultérieures du 6 janvier 1982 et du 30 décembre 1986 ont prévu des mesures de remise de prêts qui sont sans incidence sur la solution du présent litige opposant M. Georges Krief à l'Agence Nationale d'Indemnisation des Français d'Outre-Mer (ANIFOM).

-B-

Les faits de l'espèce sont les suivants: M. Georges Krief, qui exerçait la profession d'avocat, a quitté la Tunisie en 1957 et son frère aîné Léon a fait de même quelques années plus tard. M.Léon Krief a contracté en 1969, auprès du crédit hôtelier, (devenu par la suite le Crédit d'équipement aux petites et moyennes entreprises-CEPME), un prêt de réinstallation de 140 000F pour l'achat d'un fonds de commerce. M. Georges Krief s'est porté caution solidaire pour ce prêt contracté par son frère. Les deux frères ont ensuite chacun sollicité le bénéfice de l'indemnité de dépossession prévue par la loi du 15 juillet 1970. L'indemnité de Léon Krief a servi à rembourser un autre prêt contracté par ce dernier auprès du crédit foncier. S'agissant de l'indemnité de M. Georges Krief, le CEPME a demandé à l'ANIFOM, comme le permet l'article 46 de la loi du 15 juillet 1970 (8 octobre 1980, ANIFOM /Vaglio, T p. 809; 29 octobre 1986, ANIFOM/Vaglio, T.p.630) de prélever sur cette indemnité, une somme de 87 175, 84 F dont il était redevable en sa qualité de caution et qui était destinée à apurer le prêt accordé à son frère en 1969.

L'ANIFOM procédait à la retenue demandée par décision du 19 février 1986. Si la commission du contentieux de l'indemnisation de Paris annulait cette décision, la Cour Administrative d'appel de Paris, par un arrêt en date du 30 avril

1992, confirmait au contraire cette décision et le bien-fondé de la déduction opérée. Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi en cassation formé par M.Georges Krief.

-II-

La requête contient des moyens tendant à contester la régularité formelle de l'arrêt. Mais contrairement à ce que soutient le requérant, la cour administrative d'appel a répondu à l'ensemble des conclusions et à l'ensemble des moyens, ceci de façon suffisamment explicite pour permettre au juge de cassation d'exercer son contrôle. Sur le fond, l'argumentation contenue dans la requête vise à démontrer que le contrat de cautionnement était, en application de règles de droit civil, nul ou devenu caduc et que, dès lors, M. Georges Krief en sa qualité de caution du prêt consenti à son frère n'était débiteur d'aucune somme susceptible d'être déduite de l'indemnité à laquelle il était en droit de prétendre. A cette fin, trois moyens tirés des erreurs de droit qu'aurait commises la cour sont

invoqués: le premier porte sur la violation des règles de forme prescrites par l'article 1326 du code civil, le deuxième tiré de l'existence d'un vice du consentement et le dernier tiré de l'article 2037 du code civil. III- Le point commun de ces moyens est qu'ils se réfèrent au droit civil alors que le contrat de cautionnement litigieux, accessoire d'un contrat de prêt de nature administrative en vertu de la jurisprudence Culard précitée, revêt lui-même un caractère administratif (11 juillet 1952, Association financière pour le commerce et l'industrie, p.378; S. 13 octobre 1972, SA de banque "Le crédit du Nord"/ OPHLM du Calvados, p.630; 22 mars 1974, Banque Alexandre de Saint-Phalle, p.211). Il convient dès lors, à titre liminaire, de préciser les conditions dans lesquelles le juge administratif peut être amené, notamment en matière contractuelle, à faire application de dispositions du code civil.

-A-

"Les nations ont un droit public avant que d'avoir des lois civiles" déclarait Portalis en présentant le projet de Code civil devant le corps législatif et de montrer que le futur Code civil, en ce qu'il était destiné à mettre fin à la diversité des lois et coutumes propres à différentes parties du territoire national instituait un ordre civil venant cimenter l'ordre politique ». Si historiquement le Code civil est ainsi avant tout l'expression d'un acte de puissance publique, son champ d'application reste en principe cantonné aux relations de droit privé et ne s'applique pas aux relations entre la puissance publique et les personnes privées. C'est, faut-il le rappeler, ce qu'allait confirmer avec éclat le 8 février 1873, le Tribunal des conflits dans son arrêt Blanco dont le considérant constitue l'acte fondateur du droit administratif: «La responsabilité, qui peut incomber à l'Etat..., ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil ; pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Tout avait été dit à l'occasion de l'accident dont avait été victime la petite Agnès Blanco et nous avons dès lors quelque scrupule à conclure devant votre section sur une question qui porte sur l'application d'une disposition du Code civil en droit administratif. La difficulté vient de ce que, comme le relèvent les auteurs des « Grands arrêts de la jurisprudence administrative » (p. 7), la liaison entre la compétence juridictionnelle et le fond du droit qu'institue cet arrêt n'est pas absolue.

-B-

S'agissant du juge judiciaire, celui-ci n'hésite pas lorsqu'il est confronté à des situations proches de celles qui par nature se rattachent au droit administratif à faire application des concepts dégagés par le juge administratif. L'arrêt de la Cour de cassation Giry en date du 23 novembre 1956 (Bull. civ. II, p. 407), est une illustration marquante de ce type de raisonnement en matière de régime de responsabilité applicable aux collaborateurs occasionnels du service public de la justice. De façon plus récente et plus caractéristique encore, le développement de ce que nous serions tentés d'appeler des « prérogatives de puissance privée » dans le droit des affaires et notamment dans le droit des sociétés conduit le juge judiciaire à appliquer des techniques proches de celles du juge de l'excès de pouvoir (Charnpaud, Droit administratif et droit des affaires: AJDA n° spéc. juin 1995, p. 82).

-C-

De même, toute référence au droit civil n'est pas, par nature, exclue devant le juge administratif.

En premier lieu, les situations visées par le droit administratif ne sont pas pour la plupart des situations de pur droit administratif qui se définiraient exclusivement par des concepts propres à ce droit. Les textes applicables visent, à titre d'exemples, des personnes physiques majeures ou mineures, des sociétés et des associations, des propriétaires et des locataires, des héritiers et des légataires, des salariés et des employeurs, des immeubles et des meubles qui se définissent par rapport au droit privé. Pour prendre un exemple récent de la nécessaire prise en compte de situations régies par le droit civil dans l'action administrative, votre section a récemment annulé la délibération d'un conseil d'administration d'un lycée qui en tant qu'elle exigeait dans certaines circonstances l'autorisation des parents pour des élèves âgés de dix-huit ans accomplis méconnaissait les dispositions de l'article 488 du Code civil relative à la majorité civile (CE, sect., 22 mars 1996, Mme Paris et Mme Roignot: AJDA 1996, p. 404).

En deuxième lieu, au-dessus de la *summa divisio* entre le droit privé et le droit public il existe un fond commun de techniques et de notions juridiques, le plus souvent inspirées du droit romain des obligations, qui sont indistinctement utilisées par le juge judiciaire et le juge administratif.

Là également à titre d'exemples, si l'on s'en tient au seul droit des obligations, sans que cette liste ne soit exhaustive, les vices du consentement comme le dol (CE, 14 déc. 1923, Sté des Grands Moulins de Corbeil: Rec. CE, p. 852), l'erreur sur la substance ou l'objet du contrat (CE, 24juill. 1885, Ville de Vichy: Rec. CE, p. 723; — 10 janv. 1912, Ville de St-Étienne: Rec. CE, p. 22), la violence (CE, 19 janv. 1945, Sté des avions Voisin: Rec. CE, p. 19), la force obligatoire du contrat (CE, 17mars 1893, Cie du Nord: 5. 1894, 3, p. 119; — 14 déc. 1923, Sté des Grands Moulins de Corbeil, préc.), l'effet relatif des contrats (CE, sect, 29juin 1973, Min. équip., log. c/Sté parisienne pour l'industrie électrique: Rec. CE, p. 457), la solidarité (CE, sect., 9 janv. 1976, Sté Caillol e.a: Rec. CE, p. 19), la compensation (CE, 4 déc. 1935, Bernard: Rec. CE, p. 1130), le cautionnement, la force majeure (CE, 24avr. 1968, Cia de navigation: Rec. CE, p. 257), l'enrichissement sans cause (CE, sect, 14 avr. 1961, Min. reconstruction, log. c. Sté Sud Aviation: Rec. CE, p. 236; — 14 oct. 1966, Min. reconstruction à Ville de Bordeaux: Rec. CE, p. 537; — 1<sup>er</sup> oct 1969, Sté des établissements Privé: Rec. CE, p. 411), l'action oblique (CE, sect, S. 18 mars 1927, Fauvet: Rec. CE, p. 360), l'action paulienne (CE, sect., 21juin 1957, Dupuy: Rec. CE, p. 411), la subrogation (CE, sect., 13 oct. 1972, Caisse régionale de réassurances mutuelles agricoles de l'est: Rec. CE, p. 635) sont au nombre des techniques juridiques qui constituent ce

fond commun. Ce fond commun ne se borne pas d'ailleurs à dépasser les frontières entre le droit privé et le droit administratif, il dépasse, compte tenu de son origine, les frontières nationales. Son existence est attestée par l'article 215, deuxième alinéa, du Traité de Rome qui en matière de responsabilité non contractuelle des Communautés se réfère aux « principes généraux communs aux droits des États membres » ou par la Convention de Rome du 19juin 1980 qui constitue l'amorce d'une unification du droit des contrats. Si l'on revient au droit français, on constate que ces concepts ou techniques font l'objet de dispositions contenues dans le Code civil. Pour autant, vous ne faites pas généralement référence explicite à ce code pour en faire application dans vos décisions. Par là, vous marquez que ces notions et techniques juridiques ne trouvent pas leur origine dans tel ou tel code ou loi mais dans ce fond commun et qu'il vous appartient de les appliquer dans les conditions propres à ce qu'exige le service public, ceci conformément aux principes dégagés par l'arrêt Blanco.

En troisième lieu, vous considérez que certaines dispositions de droit privé auxquelles vous vous référez expressément ne font que reprendre un principe général du droit qui est applicable dans les relations de droit administratif. Ces principes peuvent être tirés du Code du travail (CE, ass., 8 juin 1973, Peynet: Rec. CE, p. 406; — CE, sect, 23 avr. 1982, Ville de Toulouse c/ Aragnou: Rec. CE, p. 151) mais également d'articles du Code civil comme ceux concernant les règles de fond de la garantie décennale (CE, ass., 2 févr. 1973, TRANNOY: Rec. CE, p. 94; CE, sect., 28 févr. 1986, Entreprise Blondet: Rec. CE, p. 55). Le recours à la technique particulière des principes dont s'inspirent certaines dispositions du Code civil, en matière de garantie décennale, vous permet de transposer une forme de garantie particulière propre au Code civil tout en n'étant pas lié par la lettre de la loi civile ni par les interprétations qu'en donne le juge judiciaire.

Enfin, vous incorporez parfois dans le corpus des règles applicables aux relations de droit public certaines dispositions du Code civil. Vous incorporez ces règles lorsque très exceptionnellement elles visent, par nature, des situations de droit public comme par exemple l'article 542 du Code civil sur les biens communaux (CE, 31mai 1989, Mazaurin: Rec. CE, p. 137) ou l'article 1596 qui interdit aux administrateurs des biens des communes de se rendre acquéreurs des biens confiés à leurs soins (CE, 25 mars 1987, Oeleruo: Rec. CE, p. 106).

Mais dans la plupart des cas, c'est sur le fondement de votre pouvoir prétorien que vous incorporez certaines règles du Code civil, comme par exemple, si on se limite au seul droit des obligations

- l'article 1154 sur la capitalisation des intérêts (CE, 4 nov. 1959, Cne de Bollène: Rec. CE, p. 575),
- les articles 1244 et 1253 et suivants du Code civil sur l'imputation des versements faits par un débiteur à son créancier en cas de pluralité de dettes (CE, 29 juin 1964, X.: Rec. CE, p. 367; — 7 avr. 1970, Gronior: Rec. CE, p. 222),
- l'article 1601-3 sur le contrat de vente en l'état futur d'achèvement (CE, sect., 8 févr. 1991, Région Midi-Pyrénées c. Synd. de l'architecture de la Haute-Garonne: Rec. CE, p. 41),
- l'article 2044 du Code civil sur l'interruption du délai de garantie décennale par une action en référé (CE, avis, 22juill. 1992, Cne de Marcilly-sur-Eure: Rec. CE, p. 305),
- l'article 2061 sur l'interdiction de la clause compromissoire en dehors des cas prévus par la loi (CE, sect., 3mars 1989, Sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes: Rec. CE, p. 691),
- l'article 2262 du Code civil sur la prescription trentenaire, en matière de recouvrement des créances

publiques ni fiscales ni domaniales, ceci en l'absence de texte spécifique édictant une prescription plus courte (CE, ass. 13mai1960, Secrétaire d'Etat à l'agriculture c. Manière: Rec. CE, p- 328; — sect., 30 mars 1990, Leca: AJDA 1990, p. 617).

- D -

La question est dès lors de savoir sur quels éléments vous vous fondez pour dire qu'une disposition du Code civil est soit en tant que principe dont elle s'inspire soit en tant que telle, applicable aux contrats administratifs. Votre démarche nous paraît en la matière caractérisée par un grand pragmatisme et ce serait en donner une fausse interprétation que de vouloir la réduire à l'application d'une liste de critères. A défaut d'une telle liste, il faut tenter de définir les lignes générales de votre jurisprudence.

Comme le rappelle le Président Odent, le principe demeure que les dispositions du Code civil ne sont pas applicables aux contrats administratifs, ce n'est que par voie d'exception que le juge administratif peut, s'il l'estime nécessaire, décider d'incorporer une disposition particulière dans le corps des règles applicables.

C'est en ce sens que concluait avec force dès 1921 le Commissaire du Gouvernement Rivet dans ses conclusions dans l'affaire Savonneries Henri Olive qui mettait en cause une question liée à la répétition de l'indu (CE, 25 nov. 1921: RD publ. 1922, p. 107). S'il est intéressant pour vous (juge administratif) de connaître les applications que font du Code civil, en matière de paiement de l'indu, les tribunaux judiciaires, vous ne sauriez oublier qu'ayant à trancher non un litige entre particuliers, mais un litige où l'État est partie, votre décision peut s'inspirer de principes différents... Vous êtes maître de votre jurisprudence. A vous de la créer ... en ne retenant les règles du Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective ».

Dans ce cadre, l'incorporation d'une disposition du Code civil par le juge sera justifiée si elle est à la fois utile en ce qu'elle permet de pallier un vide juridique, compatible avec les exigences du service public et cohérente avec les autres règles et principes du droit administratif.

Ainsi si les dispositions relatives aux intérêts et à l'imputation des paiements posées par les articles 1244 et 1253 du Code civil répondent à ces exigences d'utilité, de compatibilité et de cohérence, il n'en va pas de même de l'article 1152 du Code civil qui permet au juge du contrat de modifier une clause pénale d'un contrat si « la peine qui avait été convenue est manifestement excessive ou dérisoire ». L'application d'une telle disposition aux marchés de travaux publics irait à l'encontre du corps de règles très précises qui régissent le régime des sanctions applicables à ces marchés et ne serait ni utile ni cohérente avec les autres règles applicables. C'est donc logiquement que vous avez exclu l'application de l'article 1152 à ces marchés (CE, 13 mai 1987, Sté Citra France: Rec. CE, tables, p. 822).

Enfin, la réponse du juge administratif à la question de savoir si telle ou telle règle du Code civil est ou non applicable n'est pas nécessairement générale et transposable à l'ensemble des contrats administratifs. La réponse peut varier en fonction du type de contrats. Pour autant, il ne faut pas recourir à une forme d'impressionnisme juridique dans lequel le juge dirait, a posteriori, pour chaque contrat si telle ou telle disposition du Code civil est ou non applicable.

Les exigences de sécurité juridique imposent que vos décisions sur l'application de dispositions du Code civil ne soient pas des décisions de pure espèce mais revêtent un certain caractère de généralité et visent sinon nécessairement tous les contrats administratifs du moins les principales catégories de contrats administratifs.

-IV-

Nous pouvons maintenant en venir au premier moyen ayant trait à l'article 1326 du code civil.

-A-

Dans sa rédaction applicable à la date de la conclusion du contrat, l'article 1326 du code civil disposait: "Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ... doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ...Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service". Cette rédaction a été modifiée par la loi du 12 juillet 1980, qui a notamment fait disparaître la mention surannée relative aux marchands, artisans... mais sans porter atteinte à l'économie générale de ces dispositions.

Initialement comme le montrent les travaux préparatoires du code civil, ces dispositions, qui reprenaient des dispositions contenues dans des déclarations royales du 30 juillet 1730 et du 22 septembre 1733, visaient à empêcher les créanciers de mauvaise foi de changer le montant de l'obligation concernant le versement à leur profit d'une somme d'argent. Si ce risque était exclu pour les contrats synallagmatiques, pour lesquels l'article 1325 du code civil prévoit qu'il doit y avoir autant d'originaux des contrats que de parties contractantes, ou pour les engagements conclus sous la forme d'un acte authentique, il n'en allait pas de même des conventions comportant un engagement unilatéral, comme par exemple l'engagement de caution, pour lesquels un seul original est établi. En exigeant pour ces dernières conventions que le débiteur écrive de sa main, le montant de la somme qu'il s'engage à verser, le code civil édicte une règle de preuve qui évite tout risque de fraude de la part du créancier qui détient l'original de l'acte.

Mais comme le relevait le rapport de la Cour de Cassation de 1986, le risque, dans le cadre du contrat de cautionnement, était moins celui de la fraude du créancier que celui de voir des particuliers se constituer caution sans avoir une conscience exacte de la portée et de l'étendue de leur engagement. Aussi, la Cour de Cassation se fondant sur la combinaison de l'article 1326 et de l'article 2015 du code civil, aux termes duquel "le cautionnement ne se présume pas, il doit être exprès et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté" a, pendant un temps, considéré que l'exigence de la mention manuscrite constituait "plus une règle de protection qu'une règle de preuve", la méconnaissance de cette règle étant sanctionnée non par l'absence de caractère probant du document mais par la nullité du contrat (Cass. civ. 30 juin 1987, Bull. civ. I n°210).

Cette jurisprudence a été très critiquée par la doctrine et il semble maintenant que la cour de cassation soit revenue à sa jurisprudence initiale et ait repris le principe posé dès un arrêt du 20 octobre 1896 (DP 1896, 1, 528) selon lequel l'absence de mention manuscrite dans les conditions prévues par l'article 1326 n'affecte pas la validité de l'engagement mais seulement la preuve de l'engagement (Cass. civ. 15 novembre 1989, revue trimestrielle de droit civil, 1990, p.313; Cass. com. 19 juin 1990, Bull. civ. IV, n°180; 29 janvier 1991, Cass. com. Bull. civ. IV, n°42; 11 janvier 1994, Cass. com. Bull. civ. , n°17). Le document contenant l'engagement mentionné de façon incomplète ne constitue plus la preuve écrite de l'engagement mais un simple commencement de preuve (Cass. com. 21 juin 1988, Bull. civ. IV n°212) qui doit être complété par un autre élément de preuve extrinsèque au document (Cass. com. 1er juin 1993, Bull. civ. n°213; Cass. com. 10 janvier 1995, Bull. civ. IV, n°4).

Autrement dit, l'exigence de la mention manuscrite de la somme constitue, pour reprendre les termes des arrêts les plus récents "

une règle de preuve qui a pour finalité la protection de la caution".

-B-

En l'espèce, le contrat de cautionnement ne comporte pas la mention manuscrite de M.Georges Krief indiquant le montant de la somme garantie. Pour rejeter les moyens invoqués par M.Krief tiré de ce que le contrat était nul au motif que l'engagement ne comportait pas de mention exprimant la parfaite connaissance par la caution de l'étendue de ses obligations, la cour administrative d'appel ne s'est pas fondée sur la jurisprudence précédemment exposée de la Cour de Cassation mais sur un raisonnement plus radical tiré de ce que s'agissant d'un contrat administratif, les dispositions de l'article 1326 du code civil étaient inapplicables. En cela soutient le requérant, le raisonnement de la cour serait entaché d'une erreur de droit. A notre connaissance, vous ne vous êtes pas encore explicitement prononcé sur la question de l'application de l'article 1326 aux contrats administratifs. Il faut seulement relever que, contrairement à l'arrêt attaqué, un jugement du tribunal administratif de Marseille du 16 mai 1995, commenté à la RFDA d'avril 1996, (p.364, commentaire de Laurent Deruy) a appliqué cet article et l'interprétation que lui en a donnée la Cour de Cassation.

Quatre solutions sont envisageables:

1) Nous écarterons d'emblée la première qui consisterait à retenir une solution d'espèce en disant que l'engagement de caution souscrit par le requérant avec un établissement bancaire dans des conditions très proches de celles du droit privé devait obéir aux prescriptions de forme posées par l'article 1326 du code civil. Pour opportune que serait cette solution, dans le cas particulier, ce serait là encourir le risque d'impressionnisme juridique qu'il faut selon nous éviter.

2) La deuxième solution consisterait à dire que les dispositions de cet article sont directement applicables à l'ensemble des contrats administratifs ceci aux motifs, d'une part, qu'il n'existe pas une différence substantielle de situation entre les contrats de cautionnement selon que l'engagement est souscrit dans le cadre d'un contrat de droit privé ou d'un contrat administratif et, d'autre part, que l'application de ces règles n'est pas incompatible avec une exigence propre au service public. A l'appui de cette solution on peut faire valoir que, comme nous le constaterons à l'occasion de l'examen du deuxième moyen, vous semblez implicitement admettre l'application aux contrats administratifs de cautionnement d'une autre disposition du code civil, l'article 2037, relative aux conditions dans lesquelles la caution peut être subrogée dans les droits du créancier (27 janvier 1946, Secrétaire d'Etat à la défense / Caisse néerlandaise de cautionnement, p.283) Cette solution se heurte toutefois à une difficulté qui tient à la place particulière qu'occupe l'article 1326 dans le code civil. La règle de forme posée par l'article 1326 s'inscrit dans un chapitre essentiel du code civil, le chapitre VI du livre troisième, titre III intitulé "De la preuve des obligations et de celle du paiement" et constitue, à ce titre, l'un des éléments d'un ensemble de règles qui institue un régime de preuve légal des actes juridiques, c'est à dire un régime de preuve dans lequel c'est la loi qui définit par types de contrats et d'obligations les modes de preuve que doivent se constituer les parties. Comme on l'a vu précédemment, après des hésitations jurisprudentielles, la Cour de Cassation qualifie expressément de règle de preuve les exigences de forme posées par l'article 1326.

Pour l'essentiel, ce régime de preuve, propre au code civil et au droit judiciaire privé, se caractérise par la place prépondérante accordée à la forme de l'acte (Terré, Simler, Lequette, Droit civil Les Obligations, Dalloz, p.119). C'est notamment dans ce même chapitre que l'article 1341 du code civil exige une preuve écrite

précontentieuse pour les obligations portant sur une somme supérieure à 5000F. A l'inverse tout le droit administratif, et notamment le droit des contrats administratifs, se fonde sur un régime de preuve libre dans lequel le juge apprécie en fonction de l'ensemble des pièces du dossier si la preuve de l'engagement contractuel est rapportée. L'application pure et simple de l'article 1326 serait, dans ces conditions, contestable d'un double point de vue: d'une part, elle serait nécessairement interprétée comme un rapprochement avec les règles formelles de preuve propres au code civil et dès lors comme une évolution vers un régime de preuve qui reste et qui doit rester étranger au droit administratif; d'autre part, étant amené à prendre en compte l'interprétation, parfois changeante, que donne le juge judiciaire de l'article 1326 dans le contexte général des règles de preuve en droit civil et à l'occasion de litiges concernant les seuls particuliers, vous pourriez ne plus avoir la complète maîtrise du sens et de l'évolution de votre jurisprudence sur ce point. A ces éléments de droit, s'ajoute le fait que les dispositions de l'article 1326 visent à l'évidence les relations entre particuliers dans lesquelles la mention manuscrite de la personne physique qui s'engage constitue le seul mode de preuve incontestable. Il n'est pas certain que cette exigence de forme soit particulièrement adaptée aux relations qui peuvent s'établir entre les collectivités publiques, les entreprises et les établissements bancaires se portant caution dans le cadre de marchés publics, relations qui échappent largement aux prévisions du code civil. Ceci nous conduit à vous proposer d'écarter l'application directe de l'article 1326 du code civil qui ne serait ni utile ni cohérente avec les règles de droit administratif.

3) Pour autant et pour spécifique que soit le droit administratif, celui-ci ne doit pas être moins protecteur que le droit civil. Or, il est un principe posé dès les déclarations royales de 1730 et 1733 selon lequel une convention comportant un engagement unilatéral relatif à une somme d'argent doit par sa présentation ou son contenu rendre incontestable et non équivoque le montant de la somme en cause. Le code civil a transposé ce principe dans l'article 1326 en édictant une règle de forme adaptée aux relations entre particuliers et cohérente avec le régime de preuve propre à ce code. Ce même principe a par ailleurs directement inspiré l'article L.313-7 du code de la consommation qui, en matière de caution, prévoit que le contrat doit comporter des mentions visant à éviter toute contestation sur la portée des engagements de la caution. Ce principe dont l'origine est ancienne et qui est repris par les dispositions les plus récentes de notre droit doit, selon nous, pouvoir trouver application dans les relations contractuelles de droit public. En vous proposant de retenir l'existence d'un tel principe qui est, pour reprendre la distinction du président Odent, un principe de technique juridique, technique dont ne ferait que s'inspirer l'article 1326 du code civil, et non un principe général du droit se rattachant à la philosophie politique, nous n'entendons pas bouleverser d'une quelconque façon ces relations contractuelles. Aussi convient-il de préciser la nature, la portée et la sanction de la méconnaissance de ce principe. Nous n'entrerons pas dans le débat dont la doctrine et la jurisprudence civilistes se font l'écho qui est de savoir si ce principe vise plutôt à instituer une simple règle de preuve ou une

règle destinée à assurer la protection de celui qui s'engage. Il nous suffira de constater qu'il s'agit d'un principe qui répond à la fois à l'intérêt des parties qui doivent exprimer dans le contrat leur parfaite connaissance de l'étendue de leurs obligations et aux exigences de sécurité des relations contractuelles en évitant des contestations ultérieures sur le montant de l'obligation. Or il n'existe aucune raison de limiter ces exigences aux seules relations de droit privé, bien au contraire. Les conventions de droit public dans lesquelles peuvent être en cause des deniers publics imposent que les parties expriment de façon non équivoque le montant des sommes sur lesquels portent les engagements unilatéraux. Ce principe doit tout particulièrement guider les parties lors de la rédaction des documents contractuels.

Le libre choix doit être laissé aux parties, sous le contrôle du juge du contrat, de choisir en fonction de la nature du contrat et de l'état des techniques, le procédé qui leur paraît le plus approprié pour rendre incontestable le montant de la somme. S'agissant de la portée et du contenu de ce principe technique celui-ci doit s'appliquer en l'absence de texte législatif ou réglementaire imposant des règles distinctes. S'agissant de la sanction de la méconnaissance de ce principe, celle-ci ne doit pas être la nullité de l'engagement, ni l'absence de toute valeur probante du document contractuel. La sanction ne doit se traduire que sur le seul terrain de la charge de la preuve, il appartient à la partie qui se prévaut devant le juge d'un engagement dont les mentions ne répondent pas aux exigences du principe dégagé de rapporter par tout moyen la preuve du montant de l'engagement. Relevons enfin que votre jurisprudence et les textes vont déjà implicitement en ce sens

Vous vous attachez, en effet, à vérifier que l'engagement ne repose pas sur un vice du consentement de la personne physique ou morale qui se porte caution (S. 11 février 1972, OPHLM du calvados et caisse franco-néerlandaise de cautionnements, conclusions G. Guillaume, AJDA p.245) en vérifiant plus particulièrement que la caution a eu une connaissance exacte de la portée de son engagement ( S. 13 octobre 1972, SA de banque "le Crédit du Nord" / OPHLM du Calvados, précité). Dès lors que l'engagement a été régulièrement pris vous faites une stricte interprétation de ce dernier (13 juin 1964, Caisse franco-néerlandaise de cautionnements, p.331; 18 décembre 1968, Compagnie d'assurances "La Fortune", p.662; S. 2 juillet 1971, Peccoux, p.569) en tenant compte au plus près de l'intention de l'auteur de l'engagement ( 8 mars 1985, Sté marseillaise de crédit, T. p. 687 ). Par ailleurs dans le domaine des marchés publics, le formulaire type de caution institué par l'arrêté interministériel du 10 décembre 1984 pris sur le fondement de l'article 144 du code des marchés publics prévoit déjà une série de mentions destinées à éviter la contestation du montant de la somme.

4) En vous proposant de retenir un tel principe, nous écartons la quatrième solution qui consisterait à dire, comme la cour administrative d'appel, qu'il n'existe en la matière, dès lors qu'il s'agit de contrats administratifs, aucune règle applicable.

Nous vous proposons, en conséquence, d'annuler l'arrêt attaqué au motif que la cour a commis une erreur de droit en se bornant à rejeter le moyen tiré de l'article 1326 du code civil sans faire application du principe dont s'inspire cet article.

-V-

A titre subsidiaire, les autres moyens nous paraissent devoir être écartés.

Par ces moyens, M.Krief entend soutenir que son engagement serait devenu nul ou caduc dès lors qu'initialement la garantie que constituait le contrat de cautionnement ne venait qu'en second rang par rapport à la garantie principale constituée par le nantissement du fonds de commerce. Or L'article 6 de la loi du 6 novembre 1969 en prévoyant la main levée des sûretés réelles, au nombre desquelles, le nantissement et en permettant, comme ce fut le cas en l'espèce, la vente du fond aurait modifié de façon substantielle la portée de l'engagement de caution. Cet engagement devrait dès lors être regardé comme nul puisque reposant sur un vice du consentement, M.Krief s'étant mépris sur la portée réelle du contrat de cautionnement, c'est le deuxième moyen, et, en tout état de cause comme caduc, ceci sur le fondement de l'article 2037 du code civil, c'est le troisième moyen.

-A-

Le deuxième moyen ne vous retiendra guère dès lors que la main levée du nantissement par application de la loi de 1969, postérieure à la conclusion du contrat de cautionnement ne saurait constituer une circonstance de nature à justifier rétroactivement l'existence d'une erreur sur la substance du contrat constitutive d'un vice du consentement.

L'existence d'un tel vice s'apprécie, en effet, à la date à laquelle le contrat a été souscrit. Ajoutons que la loi de 1969, qualifiée par certains parlementaires de "monstruosité juridique", par rapport au purisme juridique qui selon le président de la commission des lois

n'était pas de mise compte tenu de l'urgence à prendre des mesures assurant la protection des rapatriés, a prévu la main levée des sûretés réelles tout en laissant subsister les garanties personnelles. Le raisonnement tenu par le requérant irait en conséquence directement à l'encontre de la lettre du texte (Chronique d'Henri Blin, Semaine Juridique 1970, n°2293).

-B-

Le troisième moyen porte sur l'article 2037 du code civil aux termes duquel "La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution". Le requérant soutient que ces dispositions étaient applicables dès lors que la vente du fonds de commerce ne permettait plus à M. Georges Krief en sa qualité de caution d'être subrogé dans les droits du créancier sur le fond. En l'espèce, le contrat de prêt contracté en 1969 comportait une stipulation selon laquelle M.Krief renonçait à demander le bénéfice de l'article 2037. Le requérant soutient que, contrairement à ce qu'a jugé la cour, cette clause devrait être réputée non écrite ceci par application de la loi n°84-148 du 1er mars 1984 qui a modifié en ce sens les dispositions de l'article 2037. Ce moyen ne saurait être retenu dès lors que la Cour de Cassation a jugé que cette disposition ne présentait pas de caractère interprétatif et ne s'appliquait pas aux cautionnements souscrits antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte (Cass. Civ. 25 mai 1987, Bull. I, n°163). Nous ne voyons aucune raison de nous écarter sur ce point de la solution retenue par la Cour de Cassation.

Pour l'ensemble de ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Paris.

**Référence 2 :** CE, 28 juin 1996 Krief, n°138874, classé A, Conseil d'Etat statuant au contentieux section

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 2 juillet 1992 et 29 octobre 1992 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour M. Georges Krief, demeurant 18, avenue Kléber à Paris (75016) ; M. Krief demande que le Conseil d'Etat :

1°) annule l'arrêt en date du 30 avril 1992 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a annulé, sur demande de l'Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre mer (ANIFOM), la décision du 28 avril 1989 par laquelle la commission d'indemnisation de Paris avait annulé la décision du directeur général de l'ANIFOM affectant le complément d'indemnisation dû à M. Krief au remboursement du prêt consenti à son frère M. Léon Krief ;

2°) renvoie l'affaire devant la cour administrative d'appel de Paris ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code civil, notamment ses articles 1326 et 2037 ;

Vu la loi n° 69-992 du 6 novembre 1969 instituant des mesures de protection juridique en faveur des rapatriés et de personnes dépossédées de leurs biens outre-mer ;

Vu la loi n° 70-632 du 15 juillet 1970 relative à une contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France ;

Vu la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Vu le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 modifié par le décret n° 88-905 du 2 septembre 1988 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. Ollier, Auditeur,
- les observations de Me Choucrocy, avocat de M. Krief,
- les conclusions de M. Combrexelle, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que, le 11 juin 1969, M. Léon Krief a contracté un prêt auprès de la caisse centrale de crédit hôtelier, commercial et industriel, qui agissait au nom et pour le compte de l'Etat dans le cadre du service public de l'accueil et du reclassement des Français d'outre-mer ; que son frère, M. Georges Krief, s'est le même jour porté caution solidaire de ce prêt, en indiquant de sa main sur le contrat "lu et approuvé, bon pour caution solidaire" ; que l'Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer, par décision du 19 février 1986, a affecté le complément d'indemnisation revenant à M. Georges Krief au remboursement dudit prêt ; que, la commission du contentieux de l'indemnisation ayant, à la demande du requérant, annulé cette décision, l'Agence a fait appel devant la cour administrative d'appel, laquelle, par l'arrêt attaqué, en date du 30 avril 1992, a fait droit à ses conclusions et annulé la décision de la commission du contentieux de l'indemnisation ;

Considérant, en premier lieu, que, devant la cour administrative d'appel, M. Krief, intimé, a notamment fait valoir que sa caution était nulle, d'une part pour n'avoir pas, en violation de l'article 1326 du code civil, porté la mention manuscrite en toutes lettres du montant de la somme pour laquelle il s'engageait, d'autre part, pour n'avoir, plus généralement, pas exprimé qu'il avait connaissance de l'étendue de son engagement ; que, dans sa rédaction en vigueur au 11 juin 1969, ledit article prescrit que "le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ..." ; que, pour écarter cette exception, la cour, après avoir exactement qualifié de contrat administratif le prêt consenti au frère du requérant et donné exactement, fût-ce de façon implicite, la même qualification au cautionnement litigieux, qui est l'accessoire dudit

prêt, a estimé que "M. Georges Krief a clairement manifesté son accord pour l'engagement qu'il avait souscrit et qu'il ne saurait utilement soutenir que cet engagement serait frappé de nullité à défaut tant d'une mention manuscrite du montant en toutes lettres de la somme ... que d'une connaissance suffisante de l'étendue de l'obligation ainsi contractée" ;

Considérant qu'il résulte du principe dont s'inspire l'article 1326 du code civil que toute convention comportant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent doit, dans l'intérêt de la personne qui le souscrit, exprimer de façon non équivoque la connaissance qu'a celle-ci de la nature et de l'étendue de son obligation ; qu'ainsi, par la motivation susreproduite, la cour d'appel de Paris n'a pas entaché sa décision d'erreur de droit, ni omis de répondre au moyen, pris en ses deux branches ; qu'elle a, par une appréciation souveraine des faits, estimé que M. Georges Krief connaissait la nature et l'étendue de son obligation ;

Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 2037 du code civil : "La caution est déchargée, lorsque la subrogation, aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution" ; que si, en vertu du deuxième alinéa de cet article, toute clause contraire est réputée non écrite, ces dispositions n'ont été introduites dans ledit code que par la loi susvisée du 1er mars 1984, d'ailleurs entrée en vigueur un an après sa promulgation, et qu'elles ne présentent pas un caractère interprétatif ; que dès lors, en écartant leur application aux cautionnements consentis antérieurement à l'entrée en vigueur de ladite loi, tels que l'engagement souscrit le 11 juin 1969 par M. Georges Krief, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas davantage entaché son arrêt d'erreur de droit ;

Considérant, en troisième lieu, que le cautionnement accordé par M. Georges Krief ne venait, lors de la conclusion du contrat de prêt qu'en second rang par rapport à la garantie principale constituée par le nantissement du fonds de commerce, et que, en application de l'article 6 de la loi susvisée du 6 novembre 1969, la mainlevée du nantissement a pu être opérée et le fonds a pu être vendu ; que, toutefois, contrairement à ce que soutient le requérant, la cour a pu, sans commettre d'erreur de droit et sans entacher son arrêt d'insuffisance de motivation, écarter l'argumentation tirée de ce qu'il se serait ainsi mépris sur la portée de son engagement, dès lors que la loi du 6 novembre 1969 est postérieure à celui-ci et est par suite sans incidence sur la validité du consentement exprimé par le requérant le 11 juin 1969 ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. Georges Krief n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué, qui est suffisamment motivé, en date du 30 avril 1992 ;

DECIDE :

Article 1er : La requête de M. Georges Krief est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Georges Krief, au directeur général de l'Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer et au ministre de l'économie et des finances

**Référence 3 :** Conclusions du commissaire gouvernement sur CE 6 février 1998, M. Tête,

Le développement de la circulation automobile dans les zones fortement urbanisées a, dans les années récentes, conduit les pouvoirs publics à réaliser dans certaines grosses agglomérations d'importantes voies nouvelles susceptibles de permettre une

amélioration sensible de la fluidité du trafic et donc de la rapidité des déplacements.

La construction de ces équipements a, dans la plus part des cas, nécessité la mise au point d'ouvrages d'art - tunnels ou ponts - dont les coûts de réalisation excédaient les possibilités des budgets publics. C'est la raison pour laquelle il a été largement fait usage du procédé de la concession de travaux et de services publics. Les trois exemples les plus connus d'une telle pratique sont le tunnel du Prado-Carénage à Marseille, l'autoroute A14 en région parisienne et le périphérique Nord de Lyon.

C'est ce dernier ouvrage qui est au coeur des trois affaires dont vous êtes amené à connaître aujourd'hui. Il s'agit d'une voie routière d'une longueur d'environ dix kilomètres qui doit permettre de relier l'est de l'agglomération lyonnaise située sur la rive gauche du Rhône à l'ouest de cette agglomération située sur la rive droite de la Saône sans avoir à passer, pour ce faire, par le centre-ville. Il s'agit d'un ouvrage très complexe puisqu'il comprend trois tunnels, un viaduc, cinq échangeurs et doit servir aussi bien au trafic local

qu'au passage d'un trafic national et international entre l'A42 Lyon, Genève - et l'A6 - Paris, Lyon, Marseille. Pour réaliser et par la suite exploiter cet équipement, la communauté urbaine de Lyon a décidé de faire appel à un

concessionnaire. Son choix s'est finalement porté sur un consortium d'entreprises à l'intérieur duquel les sociétés Bouygues et Dumez occupent une place prédominante. La durée de la concession a été fixée à 35 ans. Le coût de l'ouvrage tel qu'il avait été prévu par le contrat de concession s'élevait à environ trois milliard de francs dont le concédant prenait à sa charge le tiers. En réalité et après réalisation des travaux, le prix de revient de cet équipement est de six milliard de francs dont 50% ont été supportés par les finances publiques.

Pour permettre la rémunération du concessionnaire, il a été prévu qu'il pourrait percevoir une redevance sur les usagers.

Le système de péage adopté est lui aussi d'une certaine complexité. Ainsi, pour ce tronçon de dix kilomètres, trois catégories de tarifs ont été retenues en fonction de la portion d'ouvrage utilisée. A l'intérieur de chaque catégorie de tarifs, le prix varie lui-même en fonction de l'heure d'utilisation de l'équipement. Une possibilité d'abonnement est en outre offerte aux usagers habituels.

Ce périphérique Nord de Lyon, autrement appelé TEO (transest-ouest), est entré en service dans le courant de l'été 1997. Il a très rapidement suscité de vives oppositions de la part des habitants de la région en raison de son coût d'utilisation qui a été jugé anormalement élevé et des restrictions d'utilisation d'autres voies routières décidées en même temps que son entrée en fonction. Aujourd'hui, le périphérique fait l'objet d'une certaine désaffection de la part de ses usagers potentiels. La municipalité de la ville de Lyon et le conseil de la communauté urbaine se sont d'ailleurs émus de cette situation et ont saisi un groupe d'experts sur la question de savoir notamment dans quelles conditions une révision des termes du contrat de concession serait envisageable. Avant même d'avoir obtenu les conclusions de ces experts, le conseil de la communauté urbaine vient de décider par une délibération en date du 26 janvier dernier de réduire sensiblement le niveau du péage, espérant ainsi attirer de nouveaux usagers.

C'est dans ce contexte que M. Tête, conseiller régional, mais surtout contribuable de la communauté urbaine et usager de la voie en question est à l'origine des trois requêtes dont vous êtes saisi : - Sous le numéro 138.777, il relève appel d'un jugement du tribunal administratif de Lyon en date du 16 avril 1992 qui a rejeté ses conclusions tendant, d'une part, à l'annulation de la délibération du 18 juillet 1991 par laquelle le conseil de la communauté urbaine de Lyon a décidé de réaliser cet équipement et d'instituer un péage pour son usage, a approuvé les conditions de réalisation de l'ouvrage et notamment les termes du contrat de concession et a autorisé son président à signer ce contrat ; tendant,

d'autre part, à l'annulation de la décision du président de la communauté urbaine de signer le contrat et tendant, enfin, à l'annulation de la convention de concession elle-même.

- Sous les numéros 147.424 et 147.425, M. Tête et l'association de sauvegarde de l'ouest lyonnais dont il assure la présidence, vous demandent d'annuler en premier et dernier ressort le décret en Conseil d'Etat du 23 février 1993 autorisant l'institution d'une redevance sur un ouvrage d'art à comprendre dans le domaine public routier communal, dit boulevard périphérique Nord de Lyon. Ces trois requêtes posent des questions juridiques voisines et le sort des unes est susceptible de rejaillir sur celui des autres. Cela justifie que nous en traitions à l'occasion d'uniques conclusions. Suivant la solution que vous adopterez, vous joindrez au pas ces trois affaires.

Nous commencerons par le dossier n° 138.777. Nous vous l'avons dit, le requérant vous demande d'annuler trois actes distincts : une délibération du conseil de la communauté urbaine de Lyon en date du 18 juillet 1991, la décision du président de cette communauté de signer le contrat de concession et la convention de concession elle-même. S'agissant d'abord des conclusions dirigées contre la délibération du conseil de la communauté urbaine, elles sont bien recevables dans la mesure où M. Tête ne se contente pas de faire une simple référence à l'argumentation qu'il avait développé en première instance et présente un argumentaire propre à sa requête d'appel (26 février 1969, Sieur X, p.795). Vous écarterez donc la fin de non-recevoir soulevée sur ce point par la communauté urbaine de Lyon. En outre M. Tête justifie bien d'un intérêt qui lui donne qualité pour agir, dès lors qu'il est à la fois contribuable dans une commune de la communauté urbaine qui a largement financé cette opération et usager de l'ouvrage en question. Les moyens soulevés par le requérant au soutien de ses conclusions sont nombreux. La logique nous paraît d'abord devoir vous conduire à examiner celui tiré de ce que la délibération attaquée serait illégale dès lors que le contrat en cause ne serait pas une concession mais un marché public, alors qu'il est constant en l'espèce que les dispositions du code des marchés publics n'ont pas été respectées. La distinction entre les marchés publics et les délégations de services publics n'est pas absolument évidente comme en témoigne la récente controverse sur la portée d'une de vos décisions du 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du- Rhône c/ commune de Lambesc, n° 168.325, à paraître au recueil.

En l'espèce la question que vous devrez trancher ne nous paraît toutefois pas particulièrement complexe compte tenu de ce qu'est en cause une concession de travaux et de service public. Le principal critère retenu par votre jurisprudence pour distinguer ces deux catégories de contrats se rapporte au mode de rémunération du co-contractant de l'administration. Dès lors qu'il y a versement d'un prix par la personne publique, c'est à dire versement d'une somme d'argent en échange d'un service, il y lieu de qualifier le contrat en cause de marché. Ce n'est que dans le cas où la rémunération de l'entreprise privée est pour l'essentiel assurée par les recettes procurées par l'exploitation de l'ouvrage que le contrat peut être qualifié de concession (30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux c/ ville de Bordeaux, p.125 ; 11 décembre 1963, ville de Colombes, p.611 ; 10 avril 1970, sieurs Beau et Lagarde, p. 243 ; 26 novembre 1971, société SIMA, p. 723).

En l'espèce, la rémunération du concessionnaire est pour une part essentielle assurée par la perception d'une redevance sur les usagers de l'ouvrage en question et non par le versement d'un prix au co-contractant de l'administration. Certes, le contrat prévoit le versement par les collectivités publiques de subventions d'investissement. Il institue en outre certaines garanties financières au profit du co-contractant de l'administration en cas de réalisation ou de non-réalisation d'autres ouvrages routiers. Il met enfin à la charge des collectivités publiques les risques géologiques, géotechniques et hydrologiques. Pour autant, ces clauses contractuelles si elles ont pour effet de réduire le risque



supporté par l'entreprise chargée de la réalisation de l'ouvrage en le faisant partager par la personne publique concédante, n'assurent pas l'essentiel de la rémunération du co-contractant de l'administration. Pour ce dernier ce sont bien les recettes produites par l'exploitation de l'infrastructure qui assureront la couverture et la rentabilité des investissements qu'il a dû supporter. A cet égard, la circonstance qu'en cours de réalisation de l'ouvrage la part de l'investissement supportée par le concédant soit passé du tiers à la moitié du coût de la construction qui lui-même a été multiplié par deux, n'a pas pour effet de transformer la nature du contrat en cause lequel constituait bien à nos yeux, et sans d'ailleurs que l'hésitation soit permise, une concession de travaux et de service publics et non un marché public.

Ce premier point étant tranché, vous devrez alors vous prononcer sur la légalité de la procédure aux termes de laquelle la convention de concession en cause a été signée. En l'espèce, la communauté urbaine de Lyon n'a fait précéder la signature de ce contrat d'aucune mesure de publicité auprès des acteurs économiques. Or, une directive communautaire n°89/1140/CEE du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux a modifié une précédente directive n°71/305/ CEE du 26 juillet 1971 en imposant aux pouvoir adjudicateurs de faire connaître aux acteurs économiques au moyen d'un avis indicatif, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux qu'ils entendent passer (voir l'article 12 nouveau de la directive 71-305). En application de l'article 1<sup>er</sup> ter nouveau de cette même directive du 26 juillet 1971 modifiée, les règles de publicité prévues pour les marchés de travaux doivent aussi être respectées par les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils envisagent de conclure un contrat de concession de travaux, dès lors que la valeur du contrat dépasse 5 000 000 d'euros. Les termes de cette directive présente sur ce point un caractère à la fois suffisamment précis et inconditionnel, de telle façon que ce texte était susceptible de produire des effets juridiques à l'égard des autorités publiques des Etats membres. En application des dispositions de l'article 3 de la directive du 18 juillet 1989, le délai de transposition des nouvelles règles qu'elle édictait, expirait un an après sa notification aux Etats, soit en l'espèce le 20 juillet 1990. La France n'a toutefois pas respecté ce délai et n'a transposé la directive qu'à l'occasion de l'adoption de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures

de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. L'article 11 de cette loi prévoit ainsi que : Fait l'objet de mesures de publicité définies par décret en Conseil d'Etat la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances, dont l'objet est défini à l'article 9, et que se proposent de conclure les collectivités territoriales, leurs établissements publics autres que ceux à caractère industriel ou commercial ou les groupements ou organismes définis à l'article 9 lorsque la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage. L'article 9 de cette même loi vise les contrats dont l'objet est : de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil ...

Compte tenu de leur rédaction, ces dispositions applicables aux contrats de concession, ne pouvaient entrer en vigueur qu'à compter de l'adoption du décret en Conseil d'Etat et de l'arrêté qu'elles prévoient. Ce décret comme cet arrêté ne sont toutefois intervenus que le 31 mars 1992. Le titre Ier de ce décret prévoit les mesures de publicités applicables à ces contrats de concession. L'article 2 de ce texte prévoit pour l'essentiel l'obligation pour les personnes qui souhaitent conclure un tel contrat de faire connaître leur intention au moyen d'un avis ayant vocation à être publié au journal officiel des communautés européennes. Notons que ce

décret a été modifié depuis son adoption par un décret du 21 février 1994 lequel a ajouté au texte initial un article 6-1 lequel dispose que : Les dispositions du présent titre (titre Ier) ne sont pas applicables aux contrats dont le titulaire a été pressenti avant le 22 juillet 1990 et a, en contrepartie, engagé des études et des travaux préliminaires. Cette disposition pose, à nos yeux, au moins une difficulté d'interprétation : est-elle en effet applicable aux contrats

signés avant l'adoption du décret du 21 février 1994, ce qui aurait alors pour effet éventuellement de les régulariser de façon rétroactive. Nous ne pensons pas que ce soit le cas. Ce décret ne peut pas avoir eu pour objet ou pour effet de valider rétroactivement les procédures aux termes desquels des contrats ont été signés avant son adoption. Une telle validation rétroactive n'aurait pu éventuellement être prévue que par une disposition législative. En l'espèce nous pensons donc que le concessionnaire ne peut pas utilement se prévaloir de cette dérogation instituée par le décret du 21 février 1994

s'agissant d'un contrat signé en 1991. Sur cette question nous ne vous inviterons pas non plus à reprendre directement à votre compte l'idée sous-jacente au décret de 1994 et selon laquelle les obligations de publicité prévues par la directive n'étaient obligatoires à compter du 20 juillet 1990 que pour les contrats dont la procédure d'élaboration n'était pas à cette date très avancée. Si vous étiez d'un avis opposé à notre vous pourriez en tout état de cause rejeter ce moyen de défense en vous fondant sur ce qu'en l'espèce le candidat pressenti début 1991 n'avait pas engagé d'études ou de travaux préliminaires suffisamment substantiels avant le 20 juillet 1990. Nous arrivons finalement à la conclusion que la transposition de la directive du 18 juillet 1989 n'a été effective en France qu'à compter de l'adoption du décret et de l'arrêté d'application de la loi du 3 janvier 1991, soit le 31 mars 1992, c'est à dire presque deux ans après l'expiration du délai de transposition. Compte tenu de ces éléments, vous devrez alors vous prononcer sur la portée du moyen tiré de ce que la délibération attaquée du 18 juillet 1991 serait illégale puisqu'elle a autorisé la signature d'un contrat passé en application d'un droit national qui ne prévoyait aucune procédure de publicité préalable contrairement aux dispositions de la directive du 18 juillet 1989 dont le délai de transposition était expiré à cette date.

La réponse que vous apporterez à ce moyen passe par un raisonnement en deux temps. Vous devrez d'abord prendre position sur le point de savoir si le droit national était compatible avec les dispositions de la directive de 1989 à la date de la délibération attaquée; cette question n'est pas très délicate.

Vous devrez ensuite, si vous nous suivez pour considérer que notre droit était incompatible avec la directive à la date de la délibération attaquée, prendre position sur la question de savoir si vous êtes susceptibles d'en tirer les conséquences sur la légalité de la délibération attaquée. Cette question est beaucoup difficile.

Sur le premier point nous nous sommes déjà très largement expliqué. A la date de la délibération attaquée, la directive de 1989 n'était pas transposée en France alors pourtant que son délai de transposition était expiré. Cette directive imposait au travers de dispositions précises et inconditionnelles une mesure de publicité préalable à la passation des contrats de concession de travaux. Vous devrez en outre considérer que la directive travaux a vocation à s'appliquer à des contrats de la nature de celui dont vous avez à connaître aujourd'hui et qui constitue une concession de travaux et de service public, dès lors que le volet travaux l'emporte sur l'aspect concession de service public. Lorsque l'exploitation du service public est l'accessoire de la construction d'un ouvrage, le droit des concessions de travaux est en effet applicable, ainsi qu'en a jugé la Cour de justice des Communautés européennes à l'occasion d'une décision du 19 avril 1994, Gestion Hôtelière Internationale c/ Communauté autonome des Canaries, affaire C-331/92, p.I-1329. En l'espèce, l'objet essentiel du contrat de concession passé par la communauté urbaine de Lyon est bien

la construction d'un ouvrage routier. L'exploitation de cet ouvrage n'est que l'accessoire de cette construction et doit seulement permettre le financement de cet équipement.

Or, le droit national ne prévoyait pas une mesure de publicité préalable de l'intention du concessionnaire de passer un contrat de cette nature, laquelle n'a pas en l'espèce été respecté spontanément par les auteurs de l'acte attaqué. Le droit français des concessions consacrait en effet la pleine liberté du concédant s'agissant du choix de son concessionnaire. Cette liberté complète permettait donc aux concédants de contracter sans mise en concurrence préalable et sans respecter aucune mesure de publicité de leur intention de passer un contrat de concession. Nous n'avons donc pas d'hésitation pour considérer que le droit français n'était pas compatible avec les dispositions de la directive du 18 juillet 1989 entre la date d'expiration du délai de transposition de cette directive et l'entrée en vigueur de la loi la transposant en droit interne. En l'espèce, le contrat dont les termes sont approuvés par la délibération attaquée, a donc été passé à la suite d'une procédure méconnaissant les objectifs de la directive travaux.

Vous devrez alors vous prononcer sur le second temps du raisonnement que nous vous invitons à suivre et qui consiste à savoir s'il est possible de tirer les conséquences juridiques de cette méconnaissance des objectifs de cette directive. La solution à apporter à cette seconde question n'est pas évidente compte tenu de ce que le droit national applicable à la matière de la passation des contrats de concession n'avait fait l'objet d'aucun texte ni législatif ni réglementaire avant l'adoption de la loi du 3 janvier 1991. Ce droit découlait de l'application de principes jurisprudentiels qui consacraient, nous l'avons dit, une absolue liberté pour le choix par les personnes publiques de leurs concessionnaires. Ces principes étaient en revanche très clairement établis par la jurisprudence qui les qualifiait d'ailleurs de règles du droit des concessions (Assemblée, 14 février 1975, Epoux Merlin, p. 110 ; Assemblée, 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres, p. 97).

Cette affaire pose donc une question délicate qui se rapporte au point de savoir s'il est possible d'invoquer la méconnaissance d'une directive communautaire à l'appui d'une demande d'annulation d'une décision non réglementaire, alors qu'aucun texte de droit interne de valeur législative ou réglementaire n'existe dans le champ d'application de cette directive.

Avant d'examiner les différentes réponses susceptibles d'être apportées à cette question, nous commencerons par vous rappeler les grandes lignes de votre jurisprudence ainsi que celles de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes. L'essentiel de votre jurisprudence repose sur l'idée selon laquelle l'intention des auteurs du traité de Rome n'a pas été de conférer aux directives contrairement aux règlements communautaires un effet direct. Cette lecture du traité et spécialement de son article 189 vous conduit à considérer que les directives lient certes les Etats membres quant au résultat à atteindre mais qu'elles non pas d'effets directs à l'égard des particuliers (Assemblée, 22 décembre 1978, ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit, p. 524). Cette solution semblait, au départ au moins, se heurter avec l'interprétation que la Cour de justice des Communautés

Européennes faisait des mêmes dispositions du traité de Rome. La Cour a en effet très tôt considéré que les dispositions précises et inconditionnelles des directives sont, en l'absence de transposition dans le délai imparti, susceptible de produire des effets directs dans les relations entre les Etats et les particuliers (CJCE, 17 décembre 1970, société SACE c/ ministère des finances de la République italienne, p. 1213 ; CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn c/ Home office, p. 1337).

Cette contradiction de jurisprudence qui pouvait passer pour difficile à surmonter a en réalité aujourd'hui une portée pratique réduite. Votre jurisprudence a en effet d'abord admis qu'un

particulier pouvait attaquer les actes réglementaires de transposition des directives en excipant de leur non-conformité avec le texte communautaire ( 28 septembre 1984, Confédération des sociétés de protection des animaux de France, Tp.512). Vous avez aussi admis plus généralement la possibilité d'exciper de la contrariété de toute disposition réglementaire avec une directive une fois son délai de transposition expiré ( 7 décembre 1984, Fédération française des sociétés de protection de la nature et autres, p. 410). Finalement vous avez considéré qu'un particulier pouvait demander aux autorités détentrices du pouvoir réglementaire de modifier la réglementation en ce qu'elle serait contraire à une directive puis déférer au juge de l'excès de pouvoir un éventuel refus en invoquant son incompatibilité avec une directive communautaire (Assemblée, 3 février 1989, compagnie Alitalia, p. 44). S'agissant non plus des litiges relatifs à un acte réglementaire mais des litiges se rapportant à des décisions individuelles, votre jurisprudence Cohn-Bendit continue bien à interdire d'invoquer directement la méconnaissance, par une telle décision, des dispositions d'une directive. En revanche, cette jurisprudence a prévu la possibilité pour les justiciables de se prévaloir des directives communautaires, y compris dans les litiges relatifs à des décisions individuelles, en recourant à la technique contentieuse de l'exception d'illégalité. Cette voie contentieuse a par ailleurs fait preuve de toute sa richesse depuis l'adoption de votre décision d'Assemblée du 20 octobre 1989, Nicolo, p. 190 par laquelle vous avait fait prévaloir les normes du droit international sur la loi française, même postérieure à l'adoption de ces normes. Vous avez ensuite transposé ce raisonnement fort logiquement aux cas des règlements communautaires ( 24 septembre 1990, Boisdet, p. 251), puis des directives elles même (Assemblée, 28 février 1992, S.A. Rothmans international France et S.A. Philip Morris France, p. 81). Il est aujourd'hui de jurisprudence bien établi qu'une mesure non réglementaire prise sur le fondement d'un acte réglementaire ou d'un acte législatif non conforme à une directive communautaire, manque de base légale et est par suite illégale. Vous jugez en outre que le respect des objectifs d'une directive va jusqu'à imposer celui d'obligations de forme ou de procédure déterminées par cette directive ( 9 juillet 1993, Association Force ouvrière

consommateurs, p. 212 ; Assemblée, 11 mars 1994, Union des transporteurs de voyageurs des Bouches-du-Rhône, p.116). Vous avez même fait jouer ce raisonnement dans des cas où l'incompatibilité d'un décret ou d'une loi avec une directive communautaire tenait au fait que notre droit national n'avait pas prévu une mesure exigée par une directive. Ainsi, par une décision du 8 juillet 1991, Palazzi, p. 276, après avoir constaté qu'un décret du 28 avril 1981 avait omis de prévoir une garantie

pour les étrangers qui avait été prévue par une directive communautaire du 25 février 1964, vous avez annulé un refus de renouvellement de titre de séjour comme pris en application d'une réglementation illégale. Par une autre décision d'Assemblée du 30 octobre 1996, Revert et Badelon, à paraître au recueil, vous avez écarté une disposition du code général des impôts en tant qu'il prévoyait l'assujettissement de certaines activités à la TVA, c'est à dire en tant que le dit code ne prévoyait pas une exonération en faveur de certaines activités, exonération qui avait été prévue par une directive communautaire. Ces jurisprudences ne remettent pas en cause votre décision d'Assemblée Cohn-Bendit mais elles en tirent les conséquences les plus lointaines mais aussi les plus logiques. Aujourd'hui que reste-t-il de la portée de votre décision d'Assemblée de 1978 ?

Une affirmation de principe d'abord : les directives ne sont pas d'effet direct et n'ont de conséquences qu'à l'égard des Etats. Cette affirmation de principe nous paraît avoir encore une très grande importance s'agissant de l'équilibre institutionnel entre les Etats membres et les institutions communautaires tel qu'il découle des termes du traité de Rome. Dans la mesure où les directives

communautaires n'ont pas d'effet direct, c'est en effet aux Etats membres d'assurer leur transposition en droit interne sous le contrôle attentif du juge, comme nous venons de le voir. Votre décision Cohn-Bendit permet aussi, et c'est nécessaire, de faire prévaloir le droit communautaire sur le droit national même à l'occasion de litiges relatifs à des décisions individuelles, au travers d'un mode de raisonnement contentieux bien particulier : celui de l'exception d'illégalité. Ce faisant votre jurisprudence assure l'effectivité du droit communautaire dans des conditions équivalentes à celles prévues par la Cour de Luxembourg, au travers, il est vrai, de la mise en œuvre de mécanismes juridiques assez substantiellement différents.

Ces rappels étant fait, revenons-en à la question qui vous est posée en l'espèce. L'affaire qui vous est soumise aujourd'hui porte sur un cas de figure dont on pouvait penser qu'il resterait un cas d'école compte tenu de l'intensité de la production normative de notre pays. En effet, la décision attaquée est intervenue dans une matière où il n'existait aucune législation ni réglementation nationale. Nous vous l'avons dit, seuls des principes jurisprudentiels régissaient le droit des concessions de travaux et de services publics avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1991. Il peut donc paraître difficile de faire jouer le mécanisme d'exception d'illégalité dans un tel cas pour faire prévaloir le droit communautaire sur le droit national. Avant d'examiner les différentes solutions susceptibles d'être apportées à cette difficulté, nous écartons immédiatement la tentation qui consisterait à modifier directement la jurisprudence pour prévoir que désormais un principe de droit interne impose aux autorités publiques concédantes de respecter une procédure préalable de publicité. Pour arriver à ce résultat, vous devriez ériger cette règle de procédure en principe général du droit de notre législative s'agissant de l'appliquer aux collectivités locales. Or, rien ne permet aujourd'hui de dégager une telle règle. Vous ne pourrez donc pas fonder votre décision sur un principe jurisprudentiel de portée équivalente à la règle prévue par la directive. Cette solution aurait été expédiente. Mais ce n'est tout de même pas au juge d'assurer la transposition des directives en droit interne en dégageant pour ce faire de nouveaux principes généraux du droit.

Pour résoudre la difficulté qui se pose, il nous semble que quatre solutions distinctes sont envisageables. La première consiste à accepter l'impossibilité d'invoquer par voie d'exception l'incompatibilité d'une législation ou d'une réglementation française ayant servi de base légale à la décision attaquée dans la mesure où il n'existait pas de textes applicables en droit interne dans le champ de la directive communautaire. Cette solution serait parfaitement orthodoxe au regard de la théorie jurisprudentielle de l'exception d'illégalité telle qu'elle découle de la formulation que vous lui avez jusqu'à présent donnée. En effet, ce mécanisme n'a lieu de jouer que dans la mesure où un texte sert de base légale à la décision qui est directement attaquée devant le juge de l'excès de pouvoir et que ce texte est lui-même contraire à une norme juridique qui lui est supérieure. En l'espèce, faute de texte à écarter, cette technique contentieuse serait impuissante à résoudre le cas de figure qui se présente à vous. A vous en tenir à ce constat, cela vous amènerait à accepter l'idée selon laquelle il n'est pas possible d'assurer l'effectivité du droit communautaire lorsqu'une matière n'est régie par aucun texte et que le droit applicable découle de la mise en œuvre de règles non écrites et de principes, consacrés ou non par la jurisprudence.

Cette solution aurait un inconvénient majeur à nos yeux dans la mesure où elle démontrerait que dans certains cas le juge national ne dispose pas des outils lui permettant d'assurer la primauté du droit communautaire. Ce constat nous paraîtrait d'autant plus regrettable que votre jurisprudence presque vingt ans après la décision Cohn-Bendit a démontrée que loin de rejeter l'application du droit communautaire, vous aviez pris la pleine mesure de la

portée de ces normes sans pour autant renier les principes jurisprudentiels qui sont les vôtres. Une telle solution serait en outre directement contraire à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes dans la mesure où elle reviendrait à laisser sans effet dans le litige qui nous occupe la directive du 18 juillet 1989 dont le délai de transposition était pourtant expiré (CJCE, 22 juin 1989, Fratelli Costanzo, p. 1839). Finalement, il serait tout de même paradoxal de conférer aux règles jurisprudentielles une autonomie par rapport au droit communautaire plus grande que celle dont les lois et règlements bénéficient. Cette solution nous paraît donc particulièrement inopportune. Une telle inopportunité ne nous semblerait d'ailleurs véritablement atténuée ni par le fait que les cas dans lesquels vous vous résoudriez à retenir un tel raisonnement seraient certainement peu nombreux ni par des considérations tenant à ce que d'autres voies que le recours pour excès de pouvoir permettraient vraisemblablement d'assurer à terme une effectivité du droit communautaire, nous pensons à l'action en manquement pour défaut de transposition de la directive en droit interne et aux éventuelles actions en responsabilité auxquelles pourrait donner lieu ce défaut de transposition. Vous l'aurez compris, cette première solution n'a pas notre préférence.

Une deuxième solution consisterait, pour atteindre l'objectif d'une complète effectivité du droit communautaire en droit interne, à revenir sur votre décision d'Assemblée du 22 décembre 1978 et à admettre qu'un requérant puisse invoquer directement une directive à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel dans les limites déjà prévues par la Cour de justice dans ce domaine. Une telle solution passerait vraisemblablement aux yeux de certains pour sacrilège.

Il faut bien admettre que ce revirement de jurisprudence aurait en réalité une portée pratique limitée. En effet, nous espérons vous avoir démontré que votre jurisprudence, certes au travers de la spécificité de ses raisonnements, aboutissait à des solutions équivalentes à celle qui découlerait de la reconnaissance d'un effet direct aux directives. C'est seulement dans un cas de la nature de celui qui nous occupe aujourd'hui que la reconnaissance de l'effet direct permettrait de passer des obstacles que la jurisprudence actuelle paraît avoir du mal à franchir.

La portée de cette évolution pourrait bien sûr se limiter comme le prévoit la Cour de justice à admettre la possibilité d'invoquer directement une directive dans les seuls litiges mettant en cause une décision administrative ou une personne publique et non dans les litiges opposant des particuliers entre eux (CJCE, 14 juillet 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92, Rec p. I-3325). Il reste que cette solution revient à abandonner une interprétation de l'article 189 du traité de Rome qui nous paraît reposer sur une construction juridique impeccable et conforme à l'intention de ses signataires, au profit de celle, retenue certes par la Cour de justice qui a en principe le monopole d'interprétation de ce traité lorsque celui-ci présente une certaine part d'obscurité, mais qui ne nous paraît pas, nous osons le dire, pouvoir se prévaloir de la même justesse d'analyse et de raisonnement. Votre décision d'Assemblée de 1978 traduit en outre, nous vous

l'avons dit, une lecture du traité de Rome marquée par la volonté de respecter des équilibres institutionnels bien précis. Pour notre part, nous sommes attachés à l'idée que la définition de ces équilibres relève des autorités compétentes des Etats membres et non pas des juges. Pour ce motif, peut être encore plus que pour le précédent, nous sommes attachés à la réaffirmation du principe dégagé par votre jurisprudence. La portée que vous avez donné à l'article 189 dans votre arrêt d'assemblée de 1978 nous paraît être la bonne ce qui nous

conduit finalement à vous proposer d'écarter aussi cette deuxième solution.

Nous avons alors envisagé une troisième solution. L'article L. 165-7 du code des communes qui était applicable à la date de la délibération attaquée prévoit ainsi que : Sont transférées à la

communauté urbaine les compétences attribuées aux communes dans les domaines suivants : (...) 10° Voirie et signalisation ... C'est bien en application de ces dispositions que la communauté urbaine de Lyon était compétente pour gérer la voirie de cette agglomération et pour concéder la réalisation et l'exploitation d'un équipement routier. Or, cette disposition législative, si elle fixe seulement une règle de compétence, servait tout de même de base légale à la délibération attaquée. Vous pourriez donc annuler cette délibération en raison de ce que le code des communes, qui lui servait, indirectement certes, de base légale, n'était pas compatible avec la directive du 18 juillet 1989 en tant qu'il ne prévoyait aucune mesure de publicité préalable à la signature d'un contrat concédant la construction et l'exploitation d'un élément de la voirie à une entreprise privée.

Appréhender la question sous cet angle nous paraît possible alors même que le code des communes s'il traite bien de la compétence des communautés urbaines en matière de voirie n'édicte directement aucune règle relatives aux concessions de travaux et de services publics. Mais dès lors que l'incompatibilité de ce code avec le droit communautaire résulte de son silence, la circonstance qu'il n'ait que des liens ténus avec la matière des concessions ne constitue pas un obstacle insurmontable. En outre, vous avez déjà eu recours à un raisonnement d'exception d'illégalité vous conduisant à écarter l'application du droit national en tant qu'il ne contenait pas des dispositions prévues par le droit communautaire (voir en ce sens : 8 juillet 1991, Palazzi, précitée et Assemblée, 30 octobre 1996, Revert et Badelon, précitée). Il reste que cette solution présente un caractère artificiel prononcé qui ne rend pas nécessairement impossible son adoption mais qui, malgré tout, n'est guère satisfaisant.

La quatrième et dernière solution que nous avons alors envisagée consiste à faire application de la technique de l'exception d'illégalité même lorsque la décision attaquée a été prise au vu d'un état du droit caractérisé par l'absence de texte applicable. Lorsqu'il n'y a pas de texte, il n'y a, pour autant, pas de vide juridique. En effet, et avant même toute intervention du juge dans la matière en cause il découle de notre système juridique que le silence de la loi, largement étendue, équivaut à une liberté d'action dont les personnes privées mais aussi les personnes publiques peuvent se prévaloir pour agir comme elles estiment devoir le faire. En outre, dans la matière qui nous occupe, le juge était intervenu pour combler l'absence de dispositions textuelles en consacrant d'ailleurs le principe de liberté et en lui conférant la valeur de règle du droit des concessions. Il est bien vrai aussi que le juge ne saurait fixer des règlements en application des principes qui découlent des articles 10 et 12 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire. Toutefois, nous ne renonçons pas à l'idée selon laquelle même en l'absence de tout texte il existe un état du droit, fait notamment de principes que le juge formalise mais qui préexistent à son intervention. Cet état du droit n'est pas immuable et lorsque des dispositions textuelles interviennent le juge en fait alors application, sans bien sûr recourir à la technique de l'exception d'illégalité qui est tout à fait inutile puisque les textes de droit interne sont bien sûr d'effet direct.

La solution que nous avons alors envisagée revient, en l'absence de texte, à faire jouer le mécanisme d'exception d'illégalité en constatant que les principes juridiques sur le fondement desquels la délibération attaquée reposait, étaient incompatibles avec le droit communautaire. Dans ces conditions, la délibération attaquée qui, en outre, n'avait pas été précédée de la publicité par la communauté urbaine de ses intentions de passer un contrat de concession, manquait alors de base légale. Nous sommes certes conscient de la difficulté posée par cette solution qui tient à ce que la théorie de l'exception d'illégalité n'a jamais eu à jouer jusqu'à présent dans un cas équivalent à celui de la présente affaire. En principe, on ne peut invoquer par voie d'exception que l'illégalité d'un texte ; en l'absence de texte, il y a application directe de la règle de droit à l'acte en cause, sans qu'il y ait lieu de faire un

détour par les principes applicables éventuellement en la matière. Cette solution nous semble néanmoins avoir pour elle de solides arguments. Elle permet d'abord de faire prévaloir l'effectivité du droit communautaire dans un cas où on pouvait penser que le recours pour excès de pouvoir ne permettrait pas d'obtenir ce résultat. Ce faisant, cette solution assure à la fois une application du droit communautaire en droit interne cohérente avec les exigences de la Cour de justice des Communautés Européennes sans pour autant vous conduire à renoncer à l'idée que les directives n'ont pas d'effet direct. Cette solution peut aussi se prévaloir de ce que le droit interne applicable en l'espèce, s'il était de nature jurisprudentielle, n'était pas moins parfaitement clair et précis. Il est vrai bien sûr, et cela ne vous aura pas échappé, que dans le cas de figure juridique qui est le nôtre l'invocabilité de substitution et l'invocabilité d'exclusion se rejoignent. Ainsi, en l'espèce, le raisonnement d'exception d'illégalité perd pour partie ce qui fait sa spécificité par rapport au raisonnement d'effet direct, même s'il n'en reste pas moins distinct. Entre les diverses solutions que nous venons de vous présenter, nous vous avons déjà indiqué que nous estimions peu réaliste de retenir les deux premières. Les deux dernières sont à nos yeux voisines dans leur esprit et nous paraissent d'ailleurs l'une et l'autre juridiquement envisageables. Nous avons toutefois une réelle préférence pour celle qui, abstraction faite du code des communes, prend le parti de faire jouer le mécanisme d'exception d'illégalité à partir des règles non écrites qui régissaient le droit des concessions. Cette solution est peut-être quelque peu hardie au regard de vos raisonnements traditionnels, mais nous espérons vous avoir convaincu qu'il n'y avait pas là d'obstacle insurmontable. En outre cette solution ne présente pas le caractère artificiel qui affecte malgré tout

celle qui passe par le biais du code des communes. Le résultat auquel elle aboutit est finalement à la fois opportun, simple et respectueux tant de votre jurisprudence que du droit communautaire.

Cette solution est, nous le pensons, le point ultime des développements de votre jurisprudence d'Assemblée, Cohn-Bendit. Ce point ultime vous paraîtra peut être bien éloigné de l'état d'esprit initial qui avait présidé à l'adoption de cette jurisprudence. C'est effectivement le cas mais l'affaire d'aujourd'hui n'est que l'aboutissement d'un long cheminement dont l'étape essentielle est certainement votre décision Nicolo.

Ce que nous vous proposons de juger est finalement assez proche de ce que vous avez déjà décidé à l'occasion de votre décision d'Assemblée, Revert et Badelon. La décision que vous rendrez, si vous nous suivez, marquera seulement plus nettement encore votre souci d'assurer le respect de la hiérarchie des normes, puisque c'est bien cet enjeu qui est au coeur des questions dont nous venons de débattre. Bien des auteurs, et même parmi les plus avertis de votre jurisprudence, pensaient que vous ne pourriez pas à travers votre pratique de l'exception d'illégalité arriver dans tous les cas à un résultat équivalent à celui que la jurisprudence de la Cour de justice adopte. Nous espérons vous avoir convaincu qu'au prix d'une audace raisonnable vous pouvez, sans remettre en cause aucun des fondements de votre jurisprudence, appréhender un cas de figure juridique original et sûrement rare dans une matière marquée par l'importance des enjeux économiques.

Nous ne voudrions pas terminer l'examen de cette question sans toutefois vous indiquer que la solution que nous vous proposons risque de fragiliser les contrats de concession passés entre la date d'expiration du délai de transposition de la directive de 1989 et la date d'entrée en vigueur des dispositions nationales assurant la transposition de cette directive s'agissant principalement d'ailleurs des rapport entre les cocontractants.

Vous pourriez alors être ébranlés par les conséquences de votre décision. Mais ce n'est pas la solution que nous vous proposons qui sème l'insécurité juridique ; cette solution aurait d'ailleurs été imparable si vous aviez pu vous saisir d'un texte dans le domaine

des concessions qui aurait servi directement de base légale à la délibération attaquée. C'est bien la lenteur du gouvernement à transposer les directives communautaires auxquelles il donne pourtant son accord qui est responsable de cette situation. En effet, dès lors qu'un délai de transposition d'une directive est expiré avant que le droit national ait été mis en accord avec les normes communautaires, il y a un risque important de fragilité des situations juridiques auquel le gouvernement expose l'ensemble des acteurs intervenant dans la matière en question.

En tout état de cause si vous nous avez suivi jusque là, vous annulerez la délibération attaquée dans la mesure où elle a été prise sur le fondement de règles de droit incompatibles avec le droit communautaire et alors qu'elle n'a pas été précédé d'une publicité des intentions de la communauté urbaine compatible avec la directive. Nous pensons en effet que si, spontanément, cette communauté urbaine avait décidé de publier un avis au travers duquel elle avait fait connaître son intention de signer une concession de travaux pour la réalisation de cet ouvrage, la procédure suivie aurait été légale.

Vous annulerez en outre cette délibération dans son intégralité dès lors que la décision de retenir le concessionnaire, celle d'instaurer un péage selon certains

Tarifs et celle d'autoriser le maire à signer le contrat de concession sont en l'espèce indivisibles.

Si vous pensiez devoir rejeter le moyen dont nous venons de traiter, vous devriez alors prendre position sur les autres moyens soulevés. Deux d'entre eux posent encore des questions délicates.

M. Tête s'en prend en effet à la légalité du système tarifaire retenu pour le péage et adopté par la délibération attaquée auquel il reproche de méconnaître le principe selon lequel les redevances perçues doivent être en rapport avec le service rendu à l'utilisateur. En l'espèce, le requérant critique surtout le niveau du péage pour le seul usage du viaduc situé à l'est de l'ouvrage qu'il estime être sans proportion avec le coût de cet équipement et donc excéder les services rendus à l'utilisateur.

Nous vous l'avons déjà rapidement indiqué, le régime tarifaire adopté en l'espèce est très complexe. On peut distinguer trois groupes de tarifs. Les uns valent pour l'usage du seul tunnel de la Duchère situé le plus à l'ouest de l'ouvrage. Un deuxième groupe de tarifs vaut pour le seul usage du viaduc. Le troisième groupe est applicable aux usagers qui empruntent tout ou une partie du reste de l'ouvrage. Chaque groupe de tarifs comprend un tarif pour heure de pointe, pour heure moyenne, pour heure creuse, un forfait pour véhicule abonné et un forfait mensuel. S'agissant du tarif en heure moyenne pour un véhicule non abonné, il est de 5 francs pour l'usage du seul tunnel de la Duchère, de 5,50 francs pour l'usage du seul viaduc et de 15 francs pour les véhicules qui empruntent tout ou partie du reste de l'ouvrage. Les rapports entre les tarifs sont les mêmes pour les heures pleines et les heures creuses et pour les abonnements. Ces rapports entre les trois catégories de tarifs retenus correspondent à peu près aux rapports entre la distance parcourue par les usagers de la portion correspondante de l'ouvrage.

Le requérant reproche à ce système tarifaire de facturer aux usagers du seul viaduc plus du tiers du tarif applicable aux usagers de l'ensemble de l'équipement alors que le viaduc a eu un coût relativement modeste pour ce type d'ouvrage, vraisemblablement aux alentours de trois cent millions de francs même si nous ne disposons pas d'évaluations précises sur ce point, alors que l'ensemble de l'ouvrage a coûté environ six milliards de francs pour un coût prévisionnel initial de trois milliards. Le requérant considère que ce système tarifaire est illégal dans la mesure où il revient à faire financer par les usagers du seul viaduc une partie significative du coût de réalisation des autres équipements de cet ouvrage et principalement des tunnels.

Pour traiter ce moyen, un rapide rappel du droit applicable à la

matière est nécessaire. Comme vous en avez jugé à plusieurs reprises, les péages routiers sont des redevances pour services rendus et non des taxes (21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, p. 572 ; Assemblée, 14 février 1975, Epoux merlin, précitée ; 13 mai 1977, Société Cofiroute, p. 219). Aux termes de ces décisions constituent des redevances les sommes demandées à des usagers en vue de couvrir les coûts d'un service ou d'un ouvrage public. La contrepartie du versement de ces sommes est justement l'avantage que l'utilisateur retire du service ou de l'utilisation de l'ouvrage. Pour être légales, les redevances doivent satisfaire à trois conditions : la redevance doit d'abord correspondre à un service rendu à l'utilisateur. En l'absence de service directement rendu à l'utilisateur qui l'acquiesce, la redevance est illégale (13 novembre 1987, Syndicat national des transports aériens, p. 355). La redevance doit porter sur des services qui par nature peuvent donner lieu à sa perception. Certains services publics ne peuvent en effet être financés que par l'impôt (Assemblée, 30 octobre

1996, Mme Wajs et M. Monier, à paraître au recueil). Enfin, la redevance doit correspondre au coût du service rendu. Il doit donc y avoir une certaine équivalence entre la redevance et le coût du service. Sur le respect de cette condition légale, vous exercez toutefois un contrôle restreint. Vous laissez ainsi à l'administration une certaine marge de manoeuvre dans ce domaine puisque vous censurez seulement les disproportions entre le niveau de la redevance et le coût réel du service rendu (17 novembre 1978, Société Etablissements Geismann frères, p.447 ; 24 janvier 1986, ministre de l'urbanisme, p.18 ; 2 novembre 1987, Mansier, p. 341 ; 3 juillet 1991, Syndicat des psychiatres des hôpitaux, Tp. 1151). Le choix d'un contrôle restreint par votre jurisprudence nous paraît d'ailleurs dicté par des considérations pratiques. Il est en effet très difficile de calculer le coût réel des services rendus aux usagers. Dans ces conditions vous estimez ne pouvoir censurer que les seules disproportions. Nous pensons que vous avez raison. En application de ces critères, une redevance ne peut en principe pas permettre de financer un autre ouvrage que celui emprunté par les usagers qui l'acquiescent. C'est pour ce motif qu'une loi a été nécessaire pour par exemple permettre de financer une partie du pont de Normandie par le produit des redevances perçues sur les usagers du pont de Tancarville.

Vous devrez en l'espèce faire application de ces principes à l'intérieur d'un même ouvrage et trancher la question de savoir dans quelle mesure les usagers d'un tronçon de l'ouvrage peuvent verser une redevance qui excède le coût du service qui leur a été rendu par l'utilisation de ce seul tronçon et ainsi contribuer au financement du reste de l'ouvrage. La solution à apporter à cette question dépend, nous semble-t-il du caractère divisible ou non de l'ouvrage en question. Si le tronçon emprunté par les usagers est divisible des autres tronçons de l'ouvrage, il nous semble que c'est comme si nous étions en face de plusieurs ouvrages distincts et que les redevances perçues ne peuvent légalement couvrir que le coût du service rendu par chaque tronçon. Il ne peut pas dans cette hypothèse y avoir de péréquation financière entre chaque tronçon. Au contraire, à l'intérieur d'un ouvrage indivisible, il nous semble qu'une certaine péréquation est possible. En effet si l'ouvrage présente un caractère indivisible, chaque tronçon n'a pas de justification à lui seul et il n'aurait donc pas été réalisé sans les autres. Dans une telle hypothèse, il nous paraît possible de demander aux usagers d'un tronçon de contribuer aux coûts des autres tronçons puisque l'ouvrage forme un tout indivisible. Toutefois cette contribution ne doit pas être disproportionnée par rapport au coût du service rendu effectivement à l'utilisateur.

En l'espèce, il ne fait aucun doute à nos yeux que les usagers du viaduc versent des sommes qui excèdent, et de beaucoup, le service dont ils bénéficient directement. En effet, le prix de cet équipement s'est élevé à une somme comprise entre 5% et 10 % du coût total de l'ouvrage alors que la redevance

perçue pour son usage est légèrement supérieure au tiers de la redevance perçues pour l'usage de la totalité de l'ouvrage. Cette situation n'est pas nous l'avons dit par elle-même illégale dès lors que nous sommes sans hésitation possible en face d'un ouvrage indivisible. Il reste à savoir si le niveau de cette redevance est entachée d'une disproportion illégale ou d'une erreur manifeste, ce qui revient au même, par rapport au service rendu. Nous relevons bien sûr que le prix du péage est à peu près proportionnel à la distance parcourue par l'usager. Mais, nous l'avons vu, cette distance n'a pas grand rapport avec le coût du service dans la mesure où il est bien plus coûteux de réaliser des tunnels qu'un viaduc. Nous avons donc des doutes très sérieux sur la légalité du système tarifaire retenu qui est en l'espèce marqué par un déséquilibre ou une disproportion par rapport au coût du Service rendu très difficile à admettre. Si vous deviez vous prononcer sur cette question, nous serions donc d'avis de retenir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation.

Venons en alors au reste de l'argumentation du requérant.

A l'exception du moyen de détournement de pouvoir qui est délicat et que nous examinerons conjointement avec celui tiré de l'insuffisante information du conseil de la communauté urbaine, vous pourriez rejeter sans difficulté les autres moyens soulevés. Le requérant soutient d'abord que la délibération attaquée méconnaît l'autorité de la chose jugée, qu'elle est contraire au principe de non rétroactivité des actes administratifs et qu'elle est illégale compte tenu de ce que son auteur se serait cru lié par de précédentes décisions.

Ces trois moyens ne se comprennent que dans la mesure où par un précédent jugement, le tribunal administratif de Lyon a annulé une première délibération du conseil de la communauté urbaine qui avait décidé d'approuver une première convention de concession au motif que ce conseil avait méconnu négativement sa compétence en omettant de fixer lui-même les tarifs des péages.

Mais, d'une part, en autorisant postérieurement à ce jugement la passation d'une nouvelle convention de concession, l'auteur de la délibération attaquée ne s'est pas cru lié par ses précédentes décisions. Cette délibération n'est pas non plus contraire à l'autorité de la chose jugée. La communauté urbaine a pu en outre légalement décider de poursuivre la réalisation de l'ouvrage en approuvant une nouvelle convention de concession qui fixe les tarifs des péages et qui, pour le reste, réitère les droits et obligations des parties à la première convention. Finalement, la délibération attaquée n'a aucun effet rétroactif. Elle ne produit que des effets pour l'avenir.

Le requérant soutient ensuite que la communauté urbaine aurait méconnu les règles de consultation des candidats qu'elle se serait fixé à elle-même. Mais, en l'espèce, il ne ressort pas des pièces du dossier que la communauté urbaine se serait fixée spontanément des règles de consultation des candidats qu'elle aurait ensuite méconnues.

Le requérant invoque par ailleurs la méconnaissance de diverses dispositions du code de la voirie routière relatives à l'institution de redevances sur un ouvrage d'art.

Mais d'une part, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article R.153-2 du code nous paraît inopérant compte tenu de l'objet de cette disposition qui fixe la composition du dossier au vue duquel une redevance peut être instituée par décret en conseil d'Etat. Vous jugerez ensuite sans difficulté que les dispositions de ce code ne font pas obstacle à ce que soient simultanément concédées la construction et l'exploitation d'ouvrages d'art appartenant à la voirie communale. Vous pourrez aussi juger que ce même code ne fait pas obstacle à ce qu'une redevance soit perçue pour amortir et rémunérer des capitaux provenant d'emprunts et non les seuls fonds propres du concessionnaire.

Dans un autre ordre d'idée, M. Tête invoque la méconnaissance de la loi du 24 juillet 1966 sur le droit des sociétés. Mais ce moyen est à l'évidence inopérant. Les conditions dans lesquelles la société privée concessionnaire de l'ouvrage a été constituée sont

sans incidence sur la délibération attaquée.

Vous pourrez de même écarter le moyen tiré de ce que la communauté urbaine aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en acceptant de prendre en charge certains

Risques techniques et financiers et en retenant le principe de la réalisation de cette ouvrage. Le requérant n'établit pas en l'espèce l'existence d'une telle erreur.

Il reste alors deux moyens à examiner lesquels peuvent présenter certains liens. M. Tête soutient en effet que le conseil de la communauté urbaine n'a pas été complètement informé des conditions dans lesquelles les négociateurs du contrat pour le compte de la communauté urbaine ont été amenés à lui proposer de retenir l'un des candidats plutôt que les autres. Le requérant soutient en outre que les conditions dans lesquelles cette négociation s'est déroulée établissent l'existence d'un détournement de pouvoir. Pour dire les choses plus clairement, le requérant soutient que certains des membres du conseil de la communauté urbaine qui ont négocié les termes du contrat de concession et qui ont proposé de retenir le concessionnaire, ont bénéficié d'avantages personnels, notamment financiers, de la part de certaines des entreprises finalement retenues et que le versement de ces avantages qui n'a jamais été porté à la connaissance du conseil de la communauté, a été déterminant dans le choix du co-contractant de l'administration.

Pour répondre si nécessaire à ces moyens, il nous semble que vous devrez procéder selon un raisonnement en deux temps : il vous faudra d'abord vous interroger sur la question de savoir si les faits invoqués, à les supposer établis, devaient être portés à la connaissance du conseil de la communauté urbaine et sont susceptibles de constituer un détournement de pouvoir ; vous devrez ensuite prendre position sur la matérialité de ces faits.

La première question nous paraît appeler une réponse certaine. Des faits de la nature de ceux en causes en l'espèce doivent être portés à la connaissance de l'assemblée délibérante sauf à entacher ses délibérations d'irrégularité en raison du défaut d'information des membres de la dite assemblée ( 1<sup>er</sup> octobre 1997, Avriller, à paraître au recueil).

S'agissant du détournement de pouvoir, il ne nous paraît pas douteux non plus, bien que nous n'ayons trouvé aucun précédent tranchant expressément cette question, que dès lors qu'un des motifs déterminants de la décision administrative réside dans le fait que son auteur a reçu des avantages personnels des futurs bénéficiaires de cette décision, celle-ci repose sur un but que l'administration ne pouvait légalement pas poursuivre et qu'elle est donc entachée de détournement de pouvoir.

Il vous resterait alors à vous prononcer sur la matérialité des faits invoqués et dont la gravité ne vous aura pas échappée. Vous ne disposez pas en l'espèce pour trancher cette question d'un jugement pénal qui aurait pris position sur ce point et dont les constatations de faits se seraient imposées à vous. Vous devrez donc vous limiter à la prise en compte des seules pièces du dossier pour vous forger une opinion. A ce stade de nos conclusions, permettez-nous de citer brièvement le président Odent lequel résume bien l'état d'esprit du juge. Il indiquait dans son manuel de contentieux administratif : qu'en raison de la nature des appréciations qu'il implique, le détournement de pouvoir est toujours délicat à déceler. Il comporte une appréciation subjective et quelque fois péjorative portée sur l'administration et sur ses représentants, dont la moralité, la loyauté sont plus ou moins suspectées. C'est en grande partie pour ce type de considération que, dans la pratique juridictionnelle, le détournement de pouvoir a un caractère subsidiaire comme moyen d'annulation et que vous estimez qu'il ne se présume pas et qu'il doit ressortir des pièces du dossier ou qu'il doit être établi par le requérant auquel incombe la charge de la preuve (17 février 1967, Société Mecadec, p. 80). Vous atténuez toutefois la rigueur de cette exigence lorsque le requérant avance des éléments précis et concordants sans être démenti par l'administration. Vous pouvez

alors estimer que la preuve du détournement de pouvoir est apportée ( 23 octobre 1957, Chailloux, p. 548 ; 26 octobre 1960, Rioux, p. 558).

En l'espèce l'appréciation de la matérialité et de la portée des éléments de faits invoqués par M.Tête est fort délicate. En effet, le requérant avance d'assez nombreux éléments consistant, il est vrai, pour l'essentiel en des articles de presse dont certains reproduisent des extraits de procès-verbaux d'auditions par un juge d'instruction. Toutefois, ces pièces, compte tenu de leur nature, n'apportent pas à elles seules la preuve qu'en l'espèce le concessionnaire aurait été retenu, à titre principal, pour des motifs étrangers à l'intérêt général. Les arguments de M. Tête ont été communiqués à la communauté urbaine que vous avez invitée à faire valoir ses observations sur ce point notamment. La communauté urbaine n'a pas apporté d'éléments de réponse déterminante sur ce point. Relevons toutefois que les responsables actuels de cette communauté ne sont pas les auteurs de la délibération attaquée.

Dans ces conditions, tiendrez-vous pour établis les faits invoqués ? Pour notre part, nous hésitons à vous inviter à aller dans cette voie. Tout est bien sûr affaire de dossier mais n'oublions pas tout de même qu'il appartient au requérant d'établir l'existence du détournement de pouvoir. Dans la présente affaire, nous pouvons bien vous dire que nous avons été troublé par l'argumentation de M.Tête. Néanmoins nous ne pensons pas que vous disposez des éléments suffisants pour considérer comme établis par les pièces du dossier les faits particulièrement graves invoqués par le requérant. Nous vous proposerons donc d'écarter le moyen tiré du défaut d'information du conseil de la communauté urbaine et le moyen de détournement de pouvoir.

Nous en avons terminé avec l'examen de la légalité de la délibération du 18 juillet 1991. Venons-en alors à l'examen des autres décisions attaquées toujours sous le numéro 138 777.

La décision du président du conseil de la communauté urbaine de signer la concession, détachable elle aussi du contrat, suivra le même sort que la délibération dont nous venons de traiter. Si vous nous avez suivi, vous l'annulerez en retenant le même motif que celui que nous vous avons proposé d'adopter pour censurer la légalité de cette délibération.

M. Tête vous demande aussi d'annuler une partie du contrat de concession lui-même. Les premiers juges ont rejeté ces conclusions comme étant irrecevables, au motif que le recours pour excès de pouvoir n'est pas ouvert contre les contrats. Devant vous M. Tête vous saisi plus précisément de la légalité de l'article 7-2 du contrat relatif à l'exécution de certains travaux, de l'article 18 qui porte sur l'aménagement de certaines voies routières et de l'article 22 qui traite des tarifs des péages. Depuis votre décision d'Assemblée du 10 juillet 1996, Cayzele à paraître au recueil, vous jugez que les usagers des services publics sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir les clauses réglementaire des contrats dans la mesure où elles sont divisibles des autres stipulations du contrat.

Toutefois en l'espèce, M. Tête ne conteste pas l'irrecevabilité opposée par le tribunal administratif à ses conclusions. Il se contente de demander l'annulation de ces stipulations en soulevant divers moyens tendant à établir leur illégalité. Or, vous jugez que la recevabilité de la demande de première instance n'est pas d'ordre public et qu'il n'appartient donc pas au juge de la soulever d'office ( 5 mai 1976, Samra, Tp.1081 ; 23 décembre 1987, Onyemuwa Chikenzie, Tp.891 ; 15 avril 1996, Devoto, à paraître aux tables du recueil). Dans ces conditions vous ne pourrez qu'écarter comme inopérants les moyens du requérant dirigés contre le contrat lui-même.

Nous en avons terminé avec l'examen des conclusions de cette première requête. Si vous nous avez suivi, vous rejetterez les conclusions de la communauté urbaine et de la société concessionnaire relatives aux frais irrépétibles. Les dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 font obstacle à ce qu'il

soit fait droit à cette demande.

Il reste maintenant à examiner les deux autres requêtes dirigées contre le décret en Conseil d'Etat autorisant l'institution d'une redevance sur l'ouvrage d'art en cause. Avant même de procéder à l'examen des moyens soulevés directement contre ce décret, vous devriez vous interroger sur les conséquences que vous tirerez, si vous nous avez suivi dans la première affaire, de l'annulation des actes détachables du contrat sur le décret attaqué devant vous. Même s'ils ne le disent pas exactement dans ces termes, toute l'argumentation des requérants repose en effet sur l'idée que l'illégalité de la délibération du conseil de la communauté urbaine rejaillit sur le décret attaqué. Or, il nous semble possible de trancher assez simplement cette question à partir de l'article L. 153-5 du code de la voirie routière. Cet article dispose que : L'institution d'une redevance sur un ouvrage d'art à comprendre dans le domaine public routier communal est décidée par une délibération du conseil municipal qui doit satisfaire aux dispositions des articles L.153-3 et L.153-4. Elle est autorisée par décret en Conseil d'Etat. Si vous nous suivez pour annuler la délibération du conseil de la communauté urbaine décidant de concéder l'ouvrage et d'instituer un péage, vous pourrez, nous semble-t-il, annuler par voie de conséquence le décret en Conseil d'Etat qui autorise la perception de cette redevance, puisque ce décret n'a pas en l'espèce été pris au vu d'une délibération préalable légale. Il s'agit finalement à nos yeux d'une procédure globale et il serait quelque peu incompréhensible de laisser subsister un décret autorisant la perception d'une redevance dont le principe de la création aurait été annulé par le juge administratif.

Si vous ne nous suiviez pas pour effectuer un tel raisonnement, vous devriez alors directement prendre position sur la légalité des tarifs du péage. Nous vous l'avons dit, nous penchons plutôt dans le sens de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. Si vous ne nous suiviez pas non plus sur ce terrain, vous pourriez alors écarter les autres moyens soulevés par les requérants à l'encontre du décret attaqué. En effet, ce décret a pu légalement être examiné par la section des travaux publics du Conseil d'Etat (voir en ce sens, Assemblée, 8 juillet 1994, M. Tête, p.353). Ce décret autorise ensuite une redevance pour une période limitée comme le prévoit l'article L. 153-1 du code de la voirie routière. La durée de perception de cette redevance n'est d'ailleurs pas excessive eu égard à l'importance des investissements à financer. Le moyen tiré de la méconnaissance d'une circulaire du 10 février 1976 sur les prix des marchés publics est en tout état de cause inopérant à l'encontre du décret attaqué. Finalement, vous ne ferez pas jouer la théorie de l'exception d'illégalité entre la déclaration d'utilité publique de la construction de l'ouvrage et le décret attaqué (voir en ce sens votre décision d'Assemblée du 14 février 1975, Epoux Merlin, p. 110).

Nous souhaiterions terminer ces conclusions par quelques mots sur les conséquences juridiques et pratiques des décisions que nous vous proposons de prendre s'agissant de l'avenir des conditions d'exploitation de l'ouvrage en cause. Nous analyserons d'abord ces conséquences au regard du contrat de concession lui-même.

L'annulation des actes détachables du contrat n'implique pas l'annulation de la convention elle-même. Le contrat continu bien à exister. L'annulation des actes détachables a néanmoins un certain nombre de conséquences qu'il convient d'essayer de cerner. Comme toute illégalité, elle est susceptible d'engager la responsabilité de l'administration à condition que le demandeur justifie d'un préjudice. Nous n'insistons pas. L'annulation des actes détachables en raison de l'illégalité du contrat se traduit en outre par la nullité du contrat. Cette nullité fait elle-même disparaître toute obligation contractuelle entre les parties (1er mars 1946, société l'énergie industrielle, p.66 ; 21 octobre 1949, ministre du travail c/ entreprise Berp, p. 432 et surtout plus récemment 1er octobre 1993, Société Yacht-Club international de

Bormes-les -Mimosas, Tp. 874). Cette nullité est d'ailleurs soulevée d'office par le juge du contrat saisi par une des parties (voir la dernière décision citée). La nullité du contrat a donc des conséquences très importantes entre les parties dès lors qu'elles ne sont plus tenues par des obligations contractuelles. S'agissant toutefois d'une concession de service public, on peut penser que le principe de continuité impose au concessionnaire de continuer à assurer l'exploitation de l'ouvrage même en cas de nullité du contrat. S'agissant d'une voie routière, les obligations qui incombent au concessionnaire se limitent d'ailleurs pour l'essentiel à assurer le passage normal des véhicules par un entretien de l'ouvrage.

On peut aussi penser que parallèlement à cette obligation qui s'impose au concessionnaire, l'administration doit tout mettre en œuvre pour tirer les conséquences de l'illégalité relevée. Si une régularisation de cette illégalité est possible, il doit y être procédé. En l'espèce, le vice de procédure qui affecte la légalité du contrat ne nous paraît pas régularisable.

Il nous semble donc qu'après avoir éventuellement saisi le juge du contrat pour qu'il constate la nullité de la convention, l'administration pourra, soit décider de reprendre en régie directe la gestion de l'ouvrage, le concessionnaire aura alors certainement le droit d'être indemnisé, soit décider de passer un nouveau contrat d'affermage portant sur la seule exploitation de l'ouvrage. L'actuel concessionnaire pourra alors sûrement se porter candidat à l'obtention de ce nouveau contrat.

S'agissant non plus du contrat lui-même, mais de la perception d'une redevance sur les usagers, l'annulation de la délibération et du décret attaqués remettra en cause la possibilité juridique d'y procéder. A compter du jour de votre décision, il ne sera donc plus possible de prélever de péage sur le périphérique nord de Lyon. Cette situation ouvrira certainement au concessionnaire un droit à indemnité de la part de la communauté urbaine sur la base de la théorie de l'imprévision. Pour remédier à cette situation fâcheuse pour les finances publiques, la communauté urbaine pourra alors reprendre, peut-être même avant que la question de l'avenir du mode de gestion de l'ouvrage ait été définitivement tranchée, une nouvelle délibération décidant la perception d'un péage sur cet ouvrage d'art selon des tarifs qu'elle fixera. Cette

délibération devra être complétée par un nouveau décret en Conseil d'Etat autorisant la perception de cette redevance. A compter de l'intervention de cette nouvelle délibération et de ce décret, la perception de redevances sur les usagers de l'ouvrage sera à nouveau possible. Le nouveau système tarifaire qui sera alors adopté devra toutefois être corrigé par rapport à l'actuel pour éviter les distorsions que nous avons relevé s'agissant notamment du coût d'usage du seul viaduc.

Nous en avons ainsi terminé avec l'examen de ces trois requêtes.

Et par ces motifs, nous concluons :

- Sous le numéro 138 777, à l'annulation du jugement du Tribunal administratif de Lyon en date du 16 avril 1992, en tant qu'il a rejeté la demande de M. Tête tendant à l'annulation de la délibération du 18 juillet 1991 du conseil de la communauté urbaine de Lyon et de la décision de son président du 19 juillet 1991 de signer la dite convention de concession ; à l'annulation de cette délibération et de cette décision ; au rejet du surplus des conclusions de la requête et au rejet des conclusions de la communauté urbaine de Lyon et de la société concessionnaire du boulevard périphérique nord de Lyon tendant à l'application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 ;

- Sous les numéros 147 424 et 147 425, à l'annulation du décret attaqué du 23 février 1993

#### Référence 4 :

CE, ass., 6 février 1998, *Tête*, Rec. CE 1998, p. 30, RFD adm. 1998, p. 412, SUBRA de BIEUSSES, JCP éd. G. 1998, II, 1223, P. CASSIA, AJDA 1998, p. 458, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR

Vu 1°, sous le n° 138777, la requête, enregistrée le 29 juin 1992 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Etienne X... demeurant ... et Cuire (69300) ; M. X... demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le jugement du 16 avril 1992 par lequel le tribunal administratif de Lyon a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la délibération n° 91-2314 du 18 juillet 1991 par laquelle le conseil de la communauté urbaine de Lyon a décidé de réaliser le tronçon nord du boulevard périphérique de l'agglomération lyonnaise, approuvé les conditions dans lesquelles seraient assurées la couverture des charges d'exploitation et d'entretien ainsi que la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le concessionnaire de ce travail public, approuvé les dispositions de la convention de concession pour le financement, la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation de l'ouvrage d'art complexe relatif au boulevard périphérique de Lyon - tronçon nord - ainsi que le cahier des charges de ladite concession, fixé les tarifs de la redevance et les modalités de leur application, autorisé le président de la communauté urbaine à signer tous actes, documents, conventions, ainsi qu'à initier et conduire toutes actions destinées à obtenir les autorisations administratives nécessaires à l'institution d'une redevance et à la concession de l'ouvrage projeté, et rapporté la délibération n° 91-2147 du 3 juin 1991 en ce qu'elle a de contraire à la délibération attaquée ;

2°) d'annuler ladite délibération ;

3°) d'annuler la décision prise par le président de la communauté urbaine de Lyon de signer la convention précitée ;

4°) d'annuler la convention elle-même ;

Vu 2°, sous le n° 147424, la requête enregistrée le 26 avril 1993 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Etienne X..., demeurant ... et Cuire (69300) ; M. X... demande au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir le décret du 23 février 1993 autorisant l'institution d'une redevance sur un ouvrage d'art à comprendre dans le domaine public routier communal dit "boulevard périphérique nord de Lyon" ;

Vu 3°, sous le n° 147425, la requête enregistrée le 26 avril 1993 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée par l'association de sauvegarde de l'ouest lyonnais, sise ... et Cuire (69300) ; elle demande au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir le décret du 23 février 1993 autorisant l'institution d'une redevance sur un ouvrage d'art à comprendre dans le domaine public routier communal dit "boulevard périphérique nord de Lyon" ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu la directive n° 71-305 CEE du Conseil des Communautés européennes ensemble la directive du 18 juillet 1989 qui l'a modifiée ;

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de Mlle Lagumina, Auditeur,

- les observations de la SCP Delaporte, Briard, avocat de la communauté urbaine de Lyon,



- et de la SCP Célice, Blancpain, Soltner, avocat de la société concessionnaire du boulevard périphérique nord de Lyon,  
- les conclusions de M. Savoie, Commissaire du gouvernement ;  
Considérant que la requête n° 138777 de M. X..., dirigée contre la délibération du conseil de la communauté urbaine de Lyon du 18 juillet 1991 et la décision du président de cette communauté du 19 juillet 1991, et les requêtes n° 147424 de M. X... et n° 147425 de l'association de sauvegarde de l'ouest lyonnais, dirigées contre le décret du 23 février 1993, présentent à juger des questions communes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;  
Sur la fin de non-recevoir opposée par la communauté urbaine de Lyon à la requête n° 138777 :  
Considérant que la requête de M. X..., qui ne se borne pas à se référer à ses moyens de première instance mais les reprend et en précise la teneur, est suffisamment motivée ;  
Sur les conclusions dirigées contre la délibération du conseil de la communauté urbaine de Lyon du 18 juillet 1991 et la décision de son président de signer le 19 juillet 1991 la convention de concession :  
Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête n° 138777 :  
Considérant que, par délibération du 18 juillet 1991, le conseil de la communauté urbaine de Lyon a décidé la réalisation de l'ouvrage dit "périphérique de Lyon tronçon nord", approuvé les conditions dans lesquelles sera assurée la couverture des charges d'exploitation et d'entretien ainsi que les dispositions de la convention de concession et du cahier des charges entre le concessionnaire et la communauté urbaine, fixé les tarifs de la redevance et les modalités de leur application et autorisé le président à poursuivre la procédure ;  
Considérant qu'en vertu de l'article 12 de la directive n° 71-305 CEE du 26 juillet 1971 du Conseil des Communautés européennes, modifiée par la directive n° 89-440 CEE du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, les pouvoirs adjudicateurs font connaître au moyen d'un avis indicatif, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux qu'ils entendent passer et dont les montants égalent ou dépassent un certain seuil ; qu'aux termes de l'article 1er de la même directive : "Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat de concession de travaux, les règles de publicité définies à l'article 12 3, 6, 7 et 9 à 13 ainsi qu'à l'article 15 bis sont applicables à ce contrat lorsque sa valeur égale ou dépasse 5 000 000 d'écus" ; qu'en vertu de l'article 3 de la directive du 18 juillet 1989 susvisée, les Etats membres devaient mettre en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer aux stipulations de ladite directive au plus tard un an après la date de sa notification intervenue le 20 juillet 1989 ;  
Considérant que la société concessionnaire ne saurait utilement se prévaloir des dispositions transitoires de l'article 6-1 du titre I du décret du 31 mars 1992, issues du décret du 21 février 1994 qui ne sont pas applicables aux contrats signés avant son entrée en vigueur ;  
Considérant que les règles nationales applicables à la date de la délibération attaquée à la passation des contrats de concession de travaux publics, ne prévoyaient pas de mesures de publicité et n'étaient pas compatibles avec les objectifs de la directive du 18 juillet 1989 ; qu'elles ne peuvent, dès lors, donner de base légale à la délibération attaquée qui, prise sans que la communauté urbaine de Lyon ait assuré une publicité de ses intentions de passer ce contrat de concession compatible avec les objectifs de la directive du 18 juillet 1989, a été adoptée dans des conditions irrégulières ;  
Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. X... est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Lyon a rejeté sa demande dirigée contre la délibération du 18 juillet 1991 du conseil de la communauté urbaine de Lyon et la décision de son président de signer le 19 juillet 1991 sur le fondement de cette délibération la convention

de concession ;  
Sur les conclusions tendant à l'annulation du contrat de concession :  
Considérant que le tribunal administratif de Lyon a rejeté comme irrecevables les conclusions de M. X... dirigées contre "la convention de concession pour le financement, la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation de l'ouvrage d'art complexe relatif au boulevard périphérique nord de Lyon" ; que M. X... ne conteste pas l'irrecevabilité qui lui a été opposée par les premiers juges ; que, par suite, les moyens qu'il soulève à l'appui de ses conclusions dirigées contre ladite convention ne peuvent être accueillis ;  
Sur les conclusions dirigées contre le décret du 23 février 1993 autorisant l'institution d'une redevance sur un ouvrage d'art à comprendre dans le domaine public routier communal dit "boulevard périphérique nord de Lyon" :  
Considérant qu'aux termes de l'article L. 153-5 du code de la voirie routière : "l'institution d'une redevance sur un ouvrage d'art à comprendre dans le domaine public routier communal est décidée par une délibération du conseil municipal qui doit satisfaire aux dispositions des articles L. 153-3 et L. 153-4. Elle est autorisée par décret en Conseil d'Etat" ;  
Considérant qu'aux termes de l'article 1er du décret susvisé du 23 février 1993 : "Est autorisée l'institution de la redevance décidée par délibération du conseil de la communauté urbaine de Lyon du 18 juillet 1991 sur l'usage de l'ouvrage du boulevard périphérique nord de Lyon ... selon les tarifs régis par l'article 22 du cahier des charges annexé à la convention de concession et dont les éléments de base figurent à l'annexe du présent décret" ;  
Considérant que, par suite de l'annulation de la délibération du 18 juillet 1991, le décret susvisé du 23 février 1993 doit être annulé ;  
Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :  
Considérant que les dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 font obstacle à ce que M. X... qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamné à payer à la communauté urbaine de Lyon et à la société concessionnaire du boulevard périphérique nord de Lyon les sommes qu'elles demandent au titre des frais exposés par elles et non comprises dans les dépens ;  
Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Lyon en date du 16 avril 1992 est annulé en tant qu'il a rejeté la demande de M. X... tendant à l'annulation de la délibération susvisée du 18 juillet 1991 du conseil de la communauté urbaine de Lyon et de la décision susvisée de son président de signer le 19 juillet 1991 la convention de concession.  
Article 2 : La délibération susvisée du 18 juillet 1991 du conseil de la communauté urbaine de Lyon et la décision susvisée de son président de signer le 19 juillet 1991 la convention de concession sont annulées.  
Article 3 : Le décret susvisé du 23 février 1993 est annulé.  
Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête n° 138777 de M. X... est rejeté.  
Article 5 : Les conclusions de la communauté urbaine de Lyon et de la société concessionnaire du boulevard périphérique nord de Lyon tendant à l'application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 sont rejetées.  
Article 6 : La présente décision sera notifiée à M. Etienne X..., à la société concessionnaire du boulevard périphérique nord de Lyon, à la communauté urbaine de Lyon, à l'association de

sauvegarde de l'ouset lyonnais, au ministre de l'équipement, des transports et du logement et au ministre de l'intérieur.

**Référence 5 :** CE, 3/8ssr., 30 décembre 2015, SA des Eaux de Marseille, req. n°387666.

Vu la procédure suivante :

La société Compagnie Méditerranéenne des Cafés (CMC) Malongo a demandé au tribunal de commerce de Marseille de condamner la société des eaux de Marseille au remboursement d'une facture semestrielle.

Par un jugement n° 2008F02130/2008F02334 du 21 avril 2010, le tribunal de commerce de Marseille a sursis à statuer sur le recours de la société CMC Malongo et a invité les parties à saisir la juridiction administrative de l'appréciation de la légalité de l'article 23-3 du règlement du service de l'eau opposé par la société des eaux de Marseille à son abonnée la société CMC Malongo au regard de l'article L. 132-1 du code de la consommation.

La société CMC Malongo, agissant en exécution de ce jugement, a demandé au tribunal administratif de Marseille d'apprécier la légalité de l'article 23-3 du règlement des abonnements du service de l'eau de la convention de délégation de service public conclue entre la commune de Marseille et la société des eaux de Marseille et de déclarer que cet article est entaché d'illégalité.

Par un jugement n° 1103577 du 16 décembre 2014, le tribunal administratif de Marseille a déclaré que cet article est entaché d'illégalité.

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 4 février et 30 avril 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société des eaux de Marseille demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler ce jugement ;

2°) de rejeter la demande présentée par la société CMC Malongo devant le tribunal administratif de Marseille ;

3°) de mettre à la charge de la société CMC Malongo la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu

- le code de la consommation ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Angélique Delorme, auditeur,
- les conclusions de Mme Emmanuelle Cortot-Boucher, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Célice, Blancpain, Soltner, Texidor, avocat de la société des eaux de Marseille ;

1. Considérant que par un jugement du 21 avril 2010, rendu dans l'instance opposant la société CMC Malongo à la société des eaux de Marseille, le tribunal de commerce de Marseille a renvoyé les parties à saisir le tribunal administratif de Marseille de la question

de savoir si le second paragraphe de l'article 23-3 du règlement des abonnements des services de l'eau contient des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation et a sursis à statuer jusqu'à la décision du tribunal administratif ; que la société des eaux de Marseille fait appel du jugement du 16 décembre 2014 par lequel le tribunal administratif de Marseille a déclaré ces dispositions illégales ;

2. Considérant, en premier lieu, qu'il incombe au juge administratif, dès lors qu'il est lui-même compétent pour en connaître, de répondre à la question préjudicielle posée par le juge judiciaire, sans que puisse être discutée devant lui la question de l'applicabilité de l'article L. 132-1 du code de la consommation au litige ;

3. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article L. 132-1 du code de la consommation : " Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. (...) Les clauses abusives sont réputées non écrites. " ; que le caractère abusif d'une clause au sens de ces dispositions s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'aux termes du second paragraphe de l'article 23-3 du règlement des abonnements du service de l'eau : " L'abonné n'est jamais fondé à solliciter une réduction de consommation en raison de fuites dans ses installations intérieures car il a toujours la possibilité de contrôler lui-même la consommation indiquée par son compteur. " ; que si ces dispositions présentent un caractère abusif en ce qu'elles ont pour effet d'exonérer de toute responsabilité le service des eaux dans le cas où une fuite dans les installations intérieures de l'abonné résulterait d'une faute commise par ce service, elles n'ont en revanche ni pour objet ni pour effet d'exclure la possibilité, pour un abonné, de rechercher la responsabilité d'un tiers pour obtenir réparation des dommages qu'il a subis du fait d'une facturation excessive dont il estimerait qu'elle lui est imputable ; qu'ainsi c'est à tort que le tribunal administratif de Marseille s'est fondé, pour juger que ces dispositions constituent une clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation, sur le motif tiré de ce qu'elles peuvent conduire à faire supporter par un usager les conséquences d'un dommage qui ne lui serait pas imputable, sans réserver le cas des dommages résultant des agissements des tiers ;

5. Considérant qu'il y a lieu pour le Conseil d'Etat, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner l'ensemble des moyens soulevés en première instance et en appel par la société CMC Malongo ; que, pour les motifs énoncés ci-dessus, les dispositions du second paragraphe de l'article 23-3 du règlement des abonnements du service de l'eau constituent une clause abusive et doivent être déclarées illégales en tant seulement qu'elles exonèrent de toute responsabilité le service des eaux dans le cas où une fuite dans les installations intérieures de l'abonné résulterait d'une faute commise par ce service ;

6. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les parties au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

**D E C I D E :**

Article 1er : Il est déclaré que les dispositions du second paragraphe de l'article 23-3 du règlement des abonnements du

service de l'eau de la convention de délégation de service public conclue entre la commune de Marseille et la société des eaux de Marseille soulevée par la société CMC Malongo devant le tribunal de commerce de Marseille sont illégales en tant qu'elles exonèrent de toute responsabilité le service des eaux dans le cas où une fuite dans les installations intérieures de l'abonné résulterait d'une faute commise par ce service.

Article 2 : Le jugement du 21 avril 2010 du tribunal administratif de Marseille est réformé en ce qu'il a de contraire à la présente décision.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société des eaux de Marseille, à la compagnie méditerranéenne des Cafés Malongo et à la compagnie d'assurances Generali assurances IARD.