

Acte détachable d'un contrat et décision en remboursement anticipé d'un emprunt

Lire les conclusions de :

François Pourny

Conclusions du rapporteur public

Lire les commentaires de :

Florian Michel et **Hugo Devillers**

La mesure d'exécution d'une clause financière n'est pas un acte détachable du contrat et ne peut donc faire l'objet d'un REP

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 6ème chambre – N° 11LY01274 – Commune de Chagny – 20 octobre 2011
– C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Communauté de communes, Convention de prêt, Remboursement anticipé, Acte détachable du contrat, Clauses financières

Rubriques

Procédure, Marchés et contrats

TEXTES



[Résumé](#) [Conclusions du rapporteur public](#) [Note universitaire](#)

Résumé

¹ La décision de procéder au remboursement anticipé d'un emprunt, lorsque la possibilité d'un tel remboursement a été prévue par le contrat régissant cet emprunt, constitue une simple mesure d'exécution dudit contrat et ne peut être regardée comme un acte détachable susceptible d'être contestée par la voie d'un recours pour excès de pouvoir. En l'espèce, une stipulation d'une convention de prêt conclue entre une communauté de communes et un établissement de prêt prévoyait le remboursement anticipé du prêt ainsi que les modalités de ce remboursement et notamment la détermination du montant de l'indemnité due en ce cas.

Conclusions du rapporteur public

François Pourny

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.5879](https://doi.org/10.35562/alyoda.5879)

¹ Par une délibération du 25 mars 2004, le conseil de la communauté de communes de la région de C.-en-Bourgogne a autorisé son président à signer un contrat pour un emprunt de 1 500 000 euros, sur une durée maximale de quinze ans, ainsi qu'à effectuer l'ensemble des opérations prévues audit contrat. Ce contrat comportait un article 9 traitant de l'éventualité de son remboursement anticipé. Par une délibération du 16 novembre 2006, le conseil de la communauté de communes de la région de C...-en-Bourgogne a adopté une décision budgétaire modificative permettant le remboursement anticipé de cet emprunt.

² Après avoir quitté la communauté de communes de la région de C...-en-Bourgogne, qui a pris le nom de communauté de communes d'Entre Monts et Dheune, la commune de C... a contesté devant le Tribunal administratif de Dijon cette délibération du 16 novembre 2006 et la décision du président de cette communauté de communes de procéder au remboursement anticipé de cet emprunt.

³ Le Tribunal administratif de Dijon lui a donné satisfaction en ce qui concerne la délibération du 16 novembre 2006 par le jugement n° 0700035 du 28 juin 2007 mais, par le jugement n° 0700086 du même jour, il a rejeté sa demande concernant la décision du Président de la communauté de communes de procéder au remboursement anticipé de l'emprunt en considérant que cette décision a constitué une mesure d'exécution de la convention du 16 avril 2004, non détachable de celle-ci, et que la commune de C..., tiers par rapport à cette convention, n'était par suite pas recevable à en demander l'annulation.

⁴ La commune de C. a interjeté appel de ce jugement et la Cour s'est prononcée sur sa requête par l'arrêt n° 07LY02020 du 7 juillet 2009, en considérant qu'il n'appartenait pas à la juridiction administrative de connaître de conclusions relatives à un contrat de droit privé. Cet arrêt a été cassé pour erreur de droit par la décision du Conseil d'Etat n° 331541 du 9 mai 2011 qui vous a renvoyé l'affaire.

⁵ S'il est vrai que les contrats d'emprunt avaient été exclus du champ des marchés publics par les dispositions initiales du 5° de l'article 3 du code des marchés publics annexé au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, le Conseil d'Etat a annulé cette exclusion par un arrêt du 23 février 2005 n° 264712 et autres. Le contrat conclu était donc bien un contrat administratif par détermination de la loi et il relève bien de la compétence de la juridiction administrative. Vous pourrez

voir en ce sens un [avis du Conseil d'Etat du 29 juillet 2002 n° 246921](#) et une [décision du Tribunal des Conflits du 17 décembre 2007 n° C 3651](#).

6 Nous vous proposons donc de retenir votre compétence pour connaître de cette affaire.

7 Il vous sera alors possible d'examiner les moyens afférents à la régularité du jugement attaqué.

8 La requérante soutient qu'il serait insuffisamment motivé, mais les premiers juges ont clairement fondé leur décision sur le fait que la commune de C... est un tiers au contrat et qu'elle n'est de ce fait pas recevable à demander l'annulation d'une décision non détachable du contrat de prêt initialement conclu, ce qui nous paraît une motivation suffisante, quelle que soit l'appréciation que vous porterez sur le bien-fondé de cette motivation.

9 Il nous semble par ailleurs que vous devrez également rattacher à la régularité du jugement attaqué, un moyen que la requérante rattache au bien-fondé dudit jugement, puisqu'en soutenant qu'elle était recevable à contester la décision de remboursement anticipée de l'emprunt, la requérante conteste, comme elle le doit pour que son appel soit examiné, la fin de non-recevoir qui lui a été opposée par les premiers juges.

10 S'il est vrai, comme le soutient la requérante, que le Conseil d'Etat a expressément admis par une [décision d'Assemblée du 16 juillet 2007 n° 291545 Société Tropic Travaux Signalisation](#), qu'un tiers au contrat puisse contester un contrat administratif, il convient de souligner qu'à notre connaissance cette jurisprudence ne s'applique qu'aux concurrents évincés. Vous pourrez voir en ce sens une [décision du Conseil d'Etat du 16 novembre 2009 n° 328826 328974 ministre de l'immigration](#) mentionnée au recueil sur ce point. La commune de C... n'ayant pas la qualité de concurrente évincée, il nous semble qu'elle ne pourrait être recevable à contester la décision de procéder à un remboursement anticipé de l'emprunt que si vous admettiez qu'il s'agit d'un acte détachable du contrat.

11 Toute la difficulté est alors d'apprécier si la décision de procéder à un remboursement anticipé de l'emprunt est un acte détachable du contrat que le président de la communauté de communes avait été autorisé à signer en 2004 ou s'il s'agit seulement d'un acte d'exécution dudit contrat, la possibilité de procéder à un remboursement anticipé étant expressément prévue par les dispositions de l'article 9 dudit contrat. S'il est généralement admis qu'un tiers puisse contester une décision de refus de résiliation, ainsi que le Conseil d'Etat l'a rappelé dans une [décision du 17 décembre 2008 n° 293836 Association pour la protection de l'environnement du Lunellois](#), publiée au recueil, il nous paraît plus délicat d'admettre

qu'un tiers puisse obtenir la prolongation d'un contrat contre la volonté de l'administration contractant et éventuellement celle de son cocontractant. En effet, selon les critères indiqués par le président Genevois dans ses conclusions sur une décision de Section du 9 décembre 1983 ville de Paris, une décision de refus est plus aisément regardée comme une décision détachable qu'une décision positive.

¹² Nous vous proposons donc de considérer que la commune de C... n'est pas fondée à critiquer la fin de non-recevoir qui lui a été opposée par les premiers juges.

¹³ Si vous ne nous suiviez pas sur ce point, il nous semble, à titre subsidiaire, que vous pourriez écarter une autre fin de non-recevoir soulevée pour la première fois en appel et tirée du défaut d'intérêt pour agir de la commune de C., puisque la commune fait valoir qu'elle a dû assumer sa quote-part des conséquences de la décision attaquée lors de son retrait de la communauté de communes. Il nous semblerait ensuite logique de retenir le moyen tiré de l'incompétence du président de la communauté de communes pour décider du remboursement anticipé de l'emprunt puisque, si vous estimiez qu'il s'agit d'un acte détachable du contrat, donc distinct de la simple exécution de celui-ci, une nouvelle autorisation serait alors nécessaire pour cet acte distinct.

¹⁴ Mais, si vous nous suivez pour considérer, comme l'ont fait les premiers juges, que la décision du président de la communauté de communes n'est pas détachable du contrat initial, vous ne pourrez que rejeter la requête, y compris les conclusions présentées au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative. Dans les circonstances de l'espèce, il ne nous semblerait pas inéquitable de mettre à la charge de la commune de C... une somme de 1 500 euros à verser à la communauté de communes D'entre Monts et Dheune au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative.

¹⁵ Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête et à la mise d'une somme de 1 500 euros à la charge de la commune de C... au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative.

Note universitaire

La mesure d'exécution d'une clause financière n'est pas un acte détachable du contrat et ne peut donc faire l'objet d'un REP

Florian Michel

Etudiant en Master 2 recherche Droit public fondamental à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Hugo Devillers

Etudiant en Master 2 recherche Droit public fondamental à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.5881](https://doi.org/10.35562/alyoda.5881)

1

Le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre certains actes antérieurs ou postérieurs à la formation du contrat s'ils en sont détachables. La théorie des actes détachables du contrat a vu son champ d'application diminuer depuis la fin des années 2000. S'inscrivant dans ce courant jurisprudentiel restrictif, la Cour administrative d'appel de Lyon refuse de considérer qu'une mesure d'exécution de la convention conclue entre une Communauté de communes et un établissement bancaire soit détachable des relations contractuelles et puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cette décision nous apparaît justifiée au vu de l'exclusion traditionnelle de l'application de la théorie des actes d'exécution détachables des mesures concernant les rapports financiers entre les parties. Si l'article 1165 du Code civil dispose que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes », un contrat administratif est souvent susceptible de porter atteinte aux intérêts des tiers. Du reste, l'application rigoureuse du principe de l'effet relatif des conventions légalement conclues s'est rapidement avérée fort peu compatible avec le principe de légalité, dont le respect constitue une exigence particulièrement forte en droit administratif. Ces raisons peuvent expliquer pourquoi, dans un arrêt célèbre rendu aux conclusions du commissaire du gouvernement Romieu ([CE 4 août 1905 Martin, n° 014220, Rec. CE p. 749, concl. Romieu](#)), le Conseil d'État a permis aux tiers de remettre en cause certains des actes préalables à la conclusion du contrat qui paraissent détachables de celui-ci. Par la suite, cette jurisprudence a vu son champ d'application s'ouvrir aux parties et ses conséquences contentieuses se diversifier. La théorie des actes détachables du contrat a peu à peu débordé de son cadre initial et le Conseil d'État a admis le caractère détachable du contrat des actes édictés après sa conclusion. Cette jurisprudence libérale offrant aux tiers la possibilité de s'immiscer dans les relations contractuelles concerne désormais un grand nombre d'actes que le juge estime détachables soit de l'exécution, soit de la conclusion du

contrat. Cependant, depuis l'arrêt « *Tropic Travaux* » qui ouvre au profit d'un concurrent évincé de la passation d'un contrat un nouveau recours de plein contentieux contre celui-ci (CE, Ass, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, Rec. CE 360 concl. Casas, RDP 2007, p. 1402 ; RFDA 2007, p. 696 ; RJEP 2007 p. 337 ; AJDA 2007, p. 1577, chronique Lenica et Boucher, p. 1964 article Cassia ; BJCP novembre 2007 observations Maugüé, Schartz et Terneyre ; CMP août-septembre 2007, p. 1, article Llorens et Soler-Couteaux), la théorie des actes détachables a vu son intérêt se réduire considérablement. En outre, il demeure que toutes les mesures édictées par la personne publique cocontractante après la conclusion du contrat administratif ne sont pas détachables de son exécution. Ici réside tout l'enjeu de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 20 octobre 2011 qui précise ce qu'est, ou plus précisément ce que n'est pas, un acte détachable d'un contrat administratif. Le conseil de la Communauté de communes de la région de Chagny-en-Bourgogne, devenue Communauté de communes Entre Monts et Dheune a, le 25 mars 2004, autorisé son président à signer une convention de prêt avec la caisse d'épargne et de prévoyance de Bourgogne. Dans son article 9, ce contrat conclu le 16 avril 2004 prévoit la possibilité pour la Communauté de communes de rembourser de manière anticipée la dette ainsi souscrite. Le président de la Communauté de communes décide de procéder à un tel remboursement par une décision du 16 avril 2004. La Commune de Chagny, tiers au contrat, conteste cette décision devant le Tribunal administratif de Lyon qui rejette sa demande par un jugement 28 juin 2007. La commune interjette appel devant la Cour administrative de Lyon qui, dans un arrêt du 7 juillet 2009 (n° 07LY02020), se déclare incompétente en tant que le contrat de prêt est un contrat de droit privé. La Commune forme alors un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État qui estime dans un arrêt du 9 mai 2011 (n° 331541) que la Cour administrative d'appel aurait dû examiner si le contrat rentrait dans le champ d'application du Code des marchés publics, annule l'arrêt de la Cour et renvoie l'affaire devant la Cour administrative d'appel de Lyon. Devant la Cour administrative de Lyon, la Commune de Chagny invoque plusieurs moyens. Selon elle, sa requête est recevable car l'acte litigieux est détachable de l'exécution du contrat de prêt. Cette mesure est en réalité un avenant susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Enfin elle estime que la jurisprudence « *Société Tropic travaux signalisation* » est applicable à ce litige. Sur le fond, la Commune invoque l'absence de motivation du jugement initial du Tribunal administratif de Lyon et le fait que le conseil de la communauté ne se serait pas prononcé sur le principe du remboursement anticipé. En défense, la Communauté de communes réfute ces arguments et ajoute que la Commune de Chagny n'a pas intérêt à agir contre la décision d'une Communauté de communes dont elle s'est retirée.

L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 20 octobre 2011 ne revient pas sur la question de savoir si le contrat présente un caractère administratif. En revanche, elle affirme clairement que la décision par laquelle le président de la Communauté de communes a procédé au remboursement anticipé de la dette contractée à l'égard de l'établissement bancaire ne constitue qu'une application de l'article 9 de la convention conclue avec lui et ne saurait être regardée comme un acte détachable. Ainsi cet arrêt pose-t-il avec acuité la question de la place que conserve la théorie des actes détachables dans le contentieux contractuel, notamment depuis l'ouverture du « recours *Tropic* ». En refusant de constater le caractère détachable de l'acte litigieux, la cour, dans cette décision orthodoxe, fait une application stricte voire rigide de la théorie des actes détachables de l'exécution du contrat (I). Ainsi l'arrêt illustre-t-il la difficile balance à établir entre l'exigence d'un recours effectif ouvert aux tiers, l'idée d'un contrat « loi des parties » et la nécessité d'une jurisprudence cohérente (II).

I. – Une application stricte, voire rigide, de la théorie des actes détachable du contrat

² L'arrêt de la Cour administrative de Lyon du 20 octobre 2011, estimant que la décision litigieuse « *ne peut être regardée comme un acte détachable [...] susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* », semble apprécier strictement les actes d'un contrat pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. La théorie des actes détachables du contrat administratif, a notamment été explicitée dans les conclusions du commissaire du gouvernement B. Genevois (Conclusions sous CE, sect., 9 octobre 1983, *Ville de Paris, Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information*, Rec. CE, p. 500). Selon ce dernier, la jurisprudence du Conseil d'État retient principalement quatre éléments pour déterminer si un acte peut être détaché du contrat et donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par un tiers au contrat.

³ Pour rappel, pour être considéré comme détachable le juge doit prendre en compte divers éléments en commençant par « *la place dans le temps de l'acte* » (Concl. B. Genevois sous CE, sect., 9 octobre 1983, *Ville de Paris, Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information*, préc.). En effet, un acte antérieur au contrat sera plus facilement considéré comme un acte détachable du contrat (voir en ce sens CE, 4 août 1905, Martin, Rec. CE p. 749, concl. Romieu) qu'un acte postérieur. Ensuite le juge prend aussi en considération « *la personne concernée par l'acte* » (Concl. B. Genevois sous CE, sect., 9 octobre 1983, *Ville de Paris, Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information*, préc.), le cocontractant ou un tiers. En ce sens, l'arrêt *Ville de Paris* refuse aux parties la possibilité d'agir

en excès de pouvoir contre l'acte détachable de l'exécution du contrat. Le sens de l'acte influe aussi pour la détermination de la détachabilité de l'acte en cause. Un acte négatif sera plus facilement détachable du contrat (voir en ce sens, CE, 4 mars 1981, Cne d'Azereix c/ Pescadère, n° 13545 17522, *Rec. CE.*, p. 820) . Enfin, la nature du contrat est prise en compte : un contrat recouvrant une situation quasi-réglementaire sera plus facilement ouvert au recours pour excès de pouvoir.

⁴ Plus récemment, le commissaire du gouvernement B. Dacosta (Conclusions sous CE, 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement de Lunellois, req. n° 293836, *BJCP* année n° 063, p. 141) distinguait « *les actes concourant à la formation du contrat* » pour lesquels prévaut la règle de la détachabilité et pour les seconds, les actes relatifs à l'exécution où prévaut la non détachabilité des actes.

⁵ L'arrêt commenté, même s'il ne reprend pas ces éléments directement, est en parfaite harmonie avec ces différents critères, et avec une interprétation assez stricte de la détachabilité des actes d'exécution du contrat. En effet, le rapporteur public M. Pourny, dans ses conclusions sur l'arrêt commenté, souligne qu'« *une décision de refus est plus aisément regardée comme une décision détachable qu'une décision positive* ». Ainsi, il conclut que le remboursement anticipé du prêt, acte positif, n'est pas un acte détachable du contrat susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, mais constitue un acte d'exécution du contrat.

⁶ Néanmoins, en observant la jurisprudence du Conseil d'État, on remarque que dans deux domaines au moins des actes d'exécution ont été considérés par la jurisprudence comme des actes détachables.

⁷ En effet, si le Commissaire du Gouvernement Stahl indiquait en 1958 que les actes édictés après la formation du contrat avaient un caractère « *essentiellement bilatéral* » (Conclusions de M. STAHL sur l'arrêt Conseil d'État 5 décembre 1958, *SE à l'agriculture c/ union des pêcheurs à la ligne*, *AJDA* 1959 II 57), la jurisprudence du Conseil d'Etat, par le biais de l'annulation d'un acte détachable postérieur à la conclusion du contrat, permet désormais de porter atteinte aux relations contractuelles auxquelles le tiers demandeur n'est pas partie. A titre d'exemple, l'on pourrait citer la décision de section du Conseil d'Etat du 24 avril 1964 *Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales* (*Rec. CE*, p. 239), dans laquelle la Haute Juridiction accepte le recours pour excès de pouvoir contre le refus de résilier un contrat. D'autre part, la décision de résiliation unilatérale peut être attaquée par le biais du recours en annulation (en ce sens, l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat, Ass., 2 février 1987 Société T.V. 6, n° 81131 82432 82437 82443, *Rec. CE*, p. 28) . Les exceptions au caractère détachable d'une décision d'exécution sont

donc assez rares, ce qui faisait dire au Professeur Llorens en 1989 que « *les tiers se voient ouvrir très largement la voie du recours pour excès de pouvoir (...) et sont ainsi recevables à attaquer (...) les actes d'exécution du contrat* » (F. LLORENS, « Les pouvoirs du juge du contrat », *RDP*, 1989, p. 1171-1186).

8

Jusqu'à la fin des années 2000, la jurisprudence a été favorable à une ouverture du recours pour excès de pouvoir aux tiers qui s'inscrit dans un courant jurisprudentiel et doctrinal traversant le droit civil comme administratif, consistant, comme le remarquait le Commissaire du gouvernement Didier Casas dans ses conclusions sur l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux Signalisation, à « *aller nettement dans le sens d'une remise en cause du principe de l'effet relatif des contrats de l'article 1165 du code civil* » (Concl. D. Casas, *RFDA*, 2007. 696) . Le Professeur Richer, pourtant peu favorable à l'extension du domaine du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, justifie cette mouvance par le fait que « *la théorie de l'acte détachable constitue un bastion avancé du principe de légalité au sein du contrat* » (L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7ème édition, LGDJ, Paris, 2010, p. 171).

9

Cependant, depuis l'arrêt « *Tropic Travaux* », la jurisprudence tend à restreindre le champ d'application de la théorie des actes détachables (voir en ce sens CE, 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement de Lunellois, préc.). En effet, le requérant détenteur d'un « recours *Tropic* » « *n'est plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables* » (CE, Ass, 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux Signalisation, préc.). En outre, et nous y reviendrons, le Commissaire du gouvernement Didier Casas a, dans les conclusions précitées, sévèrement critiqué l'ouverture du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle.

10

L'arrêt de la Cour semble faire sienne cette position jurisprudentielle qui a vu dans un premier temps le domaine des actes détachables s'étendre puis, à la suite de la décision « *Tropic Travaux* », perdre de son importance et de son utilité. Ici, bien que le requérant soit un tiers, -la commune requérante s'est en effet « retirée » de la communauté de commune -, l'acte litigieux est édicté après la conclusion du contrat, ne place pas le requérant dans une situation réglementaire, et constitue un acte positif. Il s'agit d'autant d'indices concourant à l'inapplication de la théorie des actes détachables. Mais il faut se demander si une solution inverse n'aurait pas pu être adoptée, dès lors que la commune n'invoquait que des vices de légalité objective, propre à fonder un recours pour excès de pouvoir (« *projet d'avenant ni transmis, ni rendu accessible* ») . Il était

nécessaire ici, outre d'appliquer avec rigueur la théorie des actes détachables, de maintenir la cohérence de la jurisprudence et l'idée d'un contrat « loi des parties ».

II- Le caractère non détachable des actes d'exécution de stipulations financière et l'idée d'un contrat « loi des parties »

¹¹ L'arrêt de la Cour s'inscrit dans les débats agitant le contentieux des contrats, domaine mouvant et complexe s'il en est. L'enjeu fondamental est de garantir un recours effectif aux tiers, tout en maintenant la spécificité de l'outil contractuel qui doit demeurer, autant que faire se peut, la « loi des parties ». A ce titre, la justification de l'application ou de l'exclusion de la théorie des actes détachables a une importance capitale et permet au requérant potentiel de mieux comprendre ce contentieux complexe.

¹² Dans l'arrêt commenté, le caractère non détachable de l'acte est motivé par le fait que « *le président de la communauté de communes s'est borné à mettre en œuvre les modalités de remboursement qui étaient stipulées à l'article 9 de la convention de prêt ; que dès lors, eu égard à l'objet du contrat, dont elle constitue une simple mesure d'exécution, cette décision ne peut être regardée comme un acte détachable de ce contrat* ». Cette motivation peut paraître succincte ou lapidaire. En réalité, l'exclusion du champ d'application de la théorie des actes détachables pour les actes d'exécution des clauses contractuelles ayant trait aux relations financières entre contractants n'est pas nouvelle (v. notamment CE, 18 novembre 1991, Le Chaton, n° 74396 : « *le mandat émis en faveur de l'entreprise titulaire du contrat conclu pour la réalisation de l'assainissement du quartier de Saint-Fiacre est un acte administratif non susceptible d'être détaché de ce contrat* ») . Ainsi, le caractère exclusivement financier du litige semble, pour une large part, expliquer le rejet de la requête de la Commune de Chagny.

¹³ En réalité, l'exclusion des décisions concernant les rapports financiers s'explique aisément. En effet, comme l'indique M. Gilles Pélissier (« Recevabilité des tiers et notion d'acte détachable du contrat », *RJEP* n° 0666, juill. 2009, comm. 31) de telles mesures d'exécution sont « *intimement liées aux rapports contractuels* ». Par la formule « *s'est borné à* », la Cour administrative d'appel de Lyon semble implicitement rappeler que l'acte contesté n'a d'effet qu'entre les parties, et ne constitue que l'application concrète des stipulations négociées et approuvées par elles. Ici, l'acte contesté présente un aspect purement financier car il autorise le remboursement anticipé

d'une dette souscrite auprès d'un établissement bancaire. Ainsi, cet acte ne peut pas, par définition, léser quelque tiers que ce soit tant il relève, par excellence, d'un domaine « purement » contractuel.

14

Dans ses conclusions précitées, le commissaire du gouvernement Didier Casas fait lui aussi implicitement le lien entre « *droit de nature patrimoniale* » et exclusion du recours pour excès de pouvoir (conclusions sur l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 16 juillet 2007 *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.) . A ce titre, s'il estime logique que le juge du contrat se prononce sur de tels droits, même à la demande d'un tiers (si tant est qu'il soit un concurrent évincé), l'intervention du juge de l'excès de pouvoir en la matière n'aurait pour lui guère de sens. La Cour administrative de Lyon semble faire sien ce raisonnement. En faisant référence à « *l'objet du contrat* », elle justifie le rejet de la requête de la Commune de Chagny par le fait que la mesure contestée constitue la simple exécution d'une clause financière.

15

Cependant, la jurisprudence des années 1990 a conduit le juge à ouvrir le recours pour excès de pouvoir aux tiers souhaitant contester les actes détachables de l'exécution des contrats, le Conseil d'État n'ayant pas craint de permettre aux tiers d'agir directement sur l'existence même du contrat (CE 24 avril 1964 *Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales* ; CE Ass. 2 février 1987 *Société T.V. 6*, précités). Ainsi, il pourrait être rétorqué que le juge de l'excès de pouvoir accepte que le tiers puisse contraindre des parties à poursuivre contre leur volonté une relation contractuelle (cette possibilité est ouverte par la jurisprudence TV6), tout en se refusant le pouvoir de porter atteinte à des décisions d'ordre financier, ce qui, à première vue, peut manquer quelque peu de cohérence. L'arrêt attaqué porte ainsi sur une mesure dont l'enjeu est moindre, puisqu'il s'agit pour la Communauté de communes de rembourser à l'avance des sommes dues. Mais en définitive, le pouvoir de résiliation unilatérale, dont l'annulation a pourtant des conséquences majeures sur les relations contractuelles des parties, peut s'analyser comme un pouvoir extra-contractuel de l'administration et, à ce titre, présenter forcément un caractère détachable de l'exécution du contrat. En effet, ce pouvoir peut s'exercer par voie réglementaire sur plusieurs contrats en même temps (v. notamment CE sect. 15 juillet 1959 *Société des alcools du Vexin*, Rec. 151 ; RDP 1960 p. 325, note M. Waline) . Dans le même sens, rappelons qu'une clause supprimant cette prérogative accordée à l'administration serait nulle (CE 6 mai 1985 *Association Eurolat Crédit foncier de France*, n° 041589, Rec. 141 ; RFDA 1986 p. 21, concl. Genevois ; AJDA 1985 p. 620, note Fatôme et Moreau ; LPA 23 octobre 1985, p. 4, note Llorens). En comparaison et d'un point de vue théorique, le remboursement

anticipé des fonds empruntés semble bien éloigné de l'exercice de prérogatives extra-contractuelles, tant il ne constitue qu'une « mise en œuvre des modalités » définies dans la convention.

16

Mais la critique de la cohérence jurisprudentielle ne manque pas forcément de pertinence. Malgré les efforts de rationalisation et de classification consentis par la doctrine et la jurisprudence, il demeure que « la notion d'**acte détachable** de l'exécution du contrat étant très largement empirique, la détermination de ces derniers n'est pas toujours prévisible. Le juge est donc parfois conduit à se prononcer au cas par cas sur la question de la détachabilité de certains actes. » (Jean Gourdou et Antoine Bourrel, « Les recours contre les actes des collectivités locales », Répertoire des collectivités territoriales, Dalloz, février 2009, § 135). L'arrêt commenté offre un bon exemple de la difficulté ressentie par les requérants de choisir la voie de droit adéquate leur permettant de défendre au mieux leurs intérêts. Ainsi la Commune de Chagny invoque-t-elle dans sa requête du 6 septembre 2007 le fait que la décision attaquée « doit s'analyser comme un avenant au contrat susceptible d'être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir ». L'avenant est « un contrat qui a pour objet de modifier un contrat en cours » (L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 7ème édition, LGDJ, Paris, p.235) . La Commune requérante a donc probablement tenté d'attaquer sinon l'avenant lui-même, du moins l'acte détachable de la conclusion de celui-ci en usant de la théorie des actes détachables du contrat préalables à la conclusion de celui-ci. Or, nous l'avons vu, la Cour se place sur un autre terrain : celui de la détachabilité des actes d'exécution du contrat. Cette solution répond à un certain bon sens car, dès lors que le remboursement de la dette est prévu par l'article 9 du contrat du 16 avril 2004, la décision contestée ne saurait constituer un avenant. Il s'agit donc bien d'une mesure d'exécution du contrat. Il demeure néanmoins que la coexistence d'une double théorie des actes détachables - actes détachables préalables à la conclusion du contrat et actes détachables de l'exécution du contrat - introduit dans le contentieux contractuel de l'excès de pouvoir une complexité source d'insécurité juridique.

17

D'une manière plus générale, c'est la conciliation des différents recours entre eux qui s'avère difficile. D'une part, certains auteurs, comme Laurent Richer, estiment que « le recours pour excès de pouvoir présente des caractéristiques mal adaptées au contentieux des contrats » (Droit des contrats administratifs, 7ème édition, LGDJ, Paris, p. 182), regrettant le caractère implacable de la mécanique de l'annulation. Le maître des requêtes Gilles Pélissier indique que « si la théorie de l'acte détachable a permis de soumettre le contrat à la légalité, elle a aussi révélé l'inadaptation du contentieux de l'excès de pouvoir aux contrats » (« Recevabilité des tiers et notion d'acte détachable du contrat », RJEP n° 0666, juill. 2009, comm. 31) . Le

Commissaire du gouvernement Didier Casas déplorait quant à lui un « *mal profond* », estimant également que « *le juge de l'excès de pouvoir n'est pas le juge le plus adapté pour connaître des contentieux qui se développent en matière contractuelle* » (conclusions sur l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 16 juillet 2007 *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.). Si la Cour administrative d'appel de Lyon avait admis la recevabilité du recours, elle n'aurait pu qu'annuler ou ne pas annuler la mesure litigieuse. Sa décision aurait présenté le caractère rigide, propre à l'annulation contentieuse par le juge de l'excès de pouvoir.

18

Le domaine des actes détachables, notamment de ceux qui sont postérieurs à la conclusion du contrat, est donc, semble-t-il, amené à s'amenuiser. L'ouverture du « recours *Tropic* » en est, pour une part, la cause car son titulaire ne peut plus former un recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable préalable à la formation du contrat. En outre, en établissant que l'annulation du contrat demandée par une partie est une sanction modulable et non plus une simple constatation opérée par le juge, l'arrêt *Ville de Béziers* (CE Ass. 28 décembre 2009, n° 304802, *Rec. CE* p. 509, *AJDA* 2010, p. 142, chron. Liéber et Botteghi, *BJDCP* 2010, n° 69, p. 138, Concl. Glaser), incite les cocontractants à se tourner davantage vers le juge du contrat dont l'office est de mieux en mieux adapté à un contentieux complexe aux forts enjeux économiques. Ainsi le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable préalable à la conclusion du contrat perd-il de son intérêt puisque qu'il ne peut conduire qu'à l'annulation pure et simple de la décision litigieuse. De plus, le recours pour excès de pouvoir ainsi formé par une partie serait irrecevable une fois le contrat conclu. Dans le même sens, la décision de la section du contentieux du Conseil d'État du 21 mars 2011, *Commune de Béziers* (n° 304806, *RFDA* 2011 p. 507, concl. Cortot-Boucher, note Pouyaud ; *AJDA* 2011 p. 670 note Lallet ; *CP-ACCP* mai 2011 p. 64 note Brenet et Melleray ; *JCPA* 2011 p. 2171 note Linditch ; *RDI* 2011 p. 270 note Braconnier) a pu semer le trouble dans le contentieux des contrats puisqu'elle ouvre un nouveau recours de plein contentieux tendant à l'annulation d'une mesure de résiliation, « *eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution* ».

19

Cette décision permet donc à l'une des parties au contrat de demander l'annulation de la mesure de résiliation mais sans toutefois remettre en cause la jurisprudence *Ville de Paris* (précitée) qui refuse aux parties la possibilité d'agir en excès de pouvoir contre une telle décision. Ainsi l'arrêt commenté s'inscrit-il clairement dans la mouvance jurisprudentielle actuelle qui rompt avec l'ouverture toujours plus grande de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, lui préférant un recours de plein contentieux, dont la souplesse présente de réels avantages en matière contractuelle.

20

Dans le même temps, l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon montre fort bien que le nouveau recours issu de la décision « *Tropic Travaux Signalisation* » invoquée par la commune n'est pas extensible (« L'élargissement du « recours Tropic » ne peut être que progressif et maîtrisé », G. PELISSIER, « Recevabilité des tiers et notion d'acte détachable du contrat », *RJEP* n° 666, juill. 2009, comm. 31) et ne s'applique actuellement que dans le cadre de passation de contrats soumis à une obligation de mise en concurrence. La Commune de Chagny se trouve ici dans la situation inconfortable du requérant qui ne dispose plus d'aucune voie de droit lui permettant de contester la décision d'exécution du contrat, dès lors qu'elle n'a pas formé de recours contre les actes détachables préalables. La jurisprudence, déjà très mouvante en matière contractuelle, ne saurait faire l'économie de la création d'une nouvelle voie de droit plus simple et plus générale ; elle rappellerait ainsi que la complexité et l'efficacité en matière contentieuse, ne font rarement bon ménage.