



HAL
open science

La licéité de la vente d'un bien public sous condition suspensive de déclassement

Frédéric Lombard

► **To cite this version:**

Frédéric Lombard. La licéité de la vente d'un bien public sous condition suspensive de déclassement. Recueil Dalloz, 2018, pp.785. hal-02098887

HAL Id: hal-02098887

<https://amu.hal.science/hal-02098887v1>

Submitted on 13 Apr 2019

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

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

La licéité de la vente d'un bien public sous condition suspensive de déclassement

Note sous CE, 15 novembre 2017, n° 409728
(mentionné dans les tables du Recueil Lebon)
Recueil Dalloz 2018, p. 785

Par Frédéric Lombard

Professeur agrégé des facultés de droit

Faculté de droit et de science politique - Aix-Marseille Université

Directeur du centre de recherches administratives (EA 893)

Il est rare que le juge des contrats administratifs soit amené à s’immiscer – à son corps défendant – dans un différend d’ordre politique. La construction de la métropole « aixo-marseillaise » lui en donne cependant l’occasion dans cette affaire puisque l’âpreté des débats qu’a engendrés cette modification de l’organisation administrative locale s’est traduite en actes administratifs qu’il a été amené à juger.

Le Conseil d’Etat devait ici statuer en tant que juge de cassation à l’égard d’une ordonnance rendue par la Cour administrative de Marseille elle même compétente pour statuer sur l’appel interjeté contre une ordonnance d’un tribunal administratif rendue en matière de « déferé suspension » (régé par l’article L. 554-1 du Code de justice administrative). Le recours du préfet tendait à obtenir la suspension de l’exécution d’une convention conclue le 9 juin 2016 entre la Commune d’Aix-en-Provence et la Société d’économie mixte du Pays d’Aix (ci après SEMEPA) dont l’objet était de procéder à la résiliation partielle de deux conventions antérieurement conclues (en 1986 et 2003, chacune concernant un ou plusieurs parkings) entre les mêmes parties et ayant la nature de conventions de délégations de service public. L’objet de ces conventions initiales était de confier à la SEMEPA la gestion de parkings publics payants hors voirie. L’objet de la convention litigieuse était en réalité double : au delà de la « résiliation » des conventions antérieures, elle comportait une promesse de vente (des parkings) sous condition suspensive d’un déclassement de la part de la ville et organisait la prise de possession par anticipation de ces biens par l’acquéreur. Quelques jours après la signature de la convention, mais avant la cession effective par la signature du contrat de vente, une délibération avait été adoptée par le conseil municipal en vue de procéder au déclassement des ouvrages et de donner autorisation au maire de signer la vente.

Au point de vue de la qualification l’opération ne soulevait pas de vrai problème car il s’agissait, en réalité, comme nous le verrons plus loin, d’une convention portant modification de deux contrats précédemment conclus, ayant la nature de délégations de service public, qui comme tels étaient des contrats administratifs : les contrats modificatifs ont, par construction, la même nature que le contrat qu’ils modifient. La circonstance que la convention organisait la prise de possession des ouvrages en vue de leur cession ultérieure

au gestionnaire, et pouvait potentiellement comporter une opération de cession d'un bien public, n'affectait pas cette nature administrative car il ne s'agissait pas, à ce stade, de juger une vente d'un bien public (qui est un contrat de droit privé).

Pour l'essentiel, le Conseil d'Etat, après avoir annulé l'ordonnance du juge d'appel et appliqué l'article L. 821-2 du CJA pour régler l'affaire au fond, confirme le dispositif de la décision de première instance mais en censure les motifs. Le juge de cassation opère donc une substitution de motif qui lui permet de maintenir la suspension décidée par le juge du fond tout en modifiant les fondements de celle-ci. Pour parvenir à ce résultat, le Conseil d'Etat apporte d'utiles et intéressantes précisions sur l'articulation des principes du droit domanial avec la pratique, commune, des promesses unilatérales de déclassement d'un bien du domaine public (I). L'arrêt mérite en outre d'être distingué car il fait une application rare et assez critiquable de la notion d'« objet illicite » et de la technique du détournement de pouvoir en matière contractuelle et enrichit, de ce point de vue, le droit public contractuel (II).

I – L'apport au droit domanial : la validité de la vente conclue sous promesse suspensive de déclassement

La convention litigieuse comportait, comme nous l'évoquions précédemment, deux volets. L'un d'eux portait sur l'aspect strictement domanial de l'opération : la convention prévoyait en effet que l'actuel délégataire de la gestion des parkings prendrait possession de manière anticipée des ouvrages c'est à dire avant leur sortie effective du domaine public (du fait du constat de leur désaffectation et de l'adoption de l'acte de déclassement par la commune). Il ne s'agissait donc pas de juger un contrat de vente d'un bien du domaine public, dont l'annulation – certaine – n'aurait soulevé aucune difficulté juridique, mais d'apprécier la validité d'un procédé « avant contractuel » traditionnel en droit privé : la promesse de vente sous condition suspensive. Appliquée au domaine public, ce procédé suppose donc que la vente soit conclue sous condition suspensive d'une désaffectation et d'un déclassement. Ce type de procédé appelle des remarques nuancées¹. Il constitue une tentation récurrente de la part des partenaires des administrations et de leurs conseils (notamment les notaires) qui y voient, à juste titre, une manière de sécuriser les opérations immobilières qu'ils souhaitent réaliser². Il constitue toutefois un risque pour l'administration et son partenaire dans la mesure où il heurte potentiellement trois principes juridiques traditionnels.

Le premier est le principe d'inaliénabilité du domaine public qui s'oppose bien sûr à toute cession d'un bien du domaine public avant désaffectation et déclassement³ mais qui peut aussi, s'il est interprété de manière constructive, s'opposer à tout aménagement contractuel qui aboutit pratiquement à rendre inéluctable la vente d'un bien avant même que les conditions de sortie du bien du domaine soient satisfaites ce qui revient, en fait si ce n'est

¹ La doctrine est d'ailleurs généralement très partagée sur cette question : voir notamment, Y Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, *Droit administratif des biens*, 15^e éd., LGDJ, n° 252 et suiv. ; N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, 3^e éd., Lexis Nexis, 2015, n° 597.

² L. Aynès, E. Fatôme et M. Raunet, les promesses de vente de bien du domaine public sous condition suspensive de déclassement, *AJDA* 2014. 947.

³ Article L. 3112-1 CGPPP.

en droit, à contourner l'interdiction d'aliéner⁴. Le juge administratif a d'ailleurs déjà eu l'occasion de l'affirmer⁵.

Le deuxième est le principe d'indisponibilité des compétences administratives qui s'oppose à ce que l'administration se lie quant à une décision à prendre⁶. Il s'agit de l'un des facettes de l'ordre public administratif. Ces « pactes sur décisions futures »⁷ sont considérés comme illégaux dans la mesure où ils contraignent la puissance publique à agir dans un sens déterminé au profit d'un particulier alors que l'intérêt général pourrait s'y opposer. On pourrait admettre que de telles promesses ne sont pas systématiquement illégales mais, à tout le moins, elles sont toujours sans effet que cela soit au plan de la légalité (le bénéficiaire de la promesse ne peut pas en obtenir l'exécution et l'acte n'étant pas créateur de droit peut être retiré sans délai⁸) ou au plan de la responsabilité : le bénéficiaire nanti d'une telle promesse ne pourrait qu'exceptionnellement obtenir une indemnisation pour promesse non tenue de la part de l'administration car si la promesse administrative qui ne pouvait être honorée est toujours fautive, la jurisprudence administrative n'admet le droit à indemnisation que dans le cas où la promesse était ferme et précise mais aussi si son bénéficiaire pouvait, de bonne foi, ignorer que l'administration n'était pas en mesure de la formuler ce qui est, on l'admettra sans peine, rarement le cas des professionnels de l'immobilier⁹.

Enfin, le troisième principe est celui de la prohibition des conditions potestatives qui, applicables aux engagements de l'administration, aboutit à la nullité des conditions suspensives qui ne déploient leurs effets qu'ultérieurement, à la date du déclassement et de la désaffectation, c'est à dire du fait d'une décision de l'administration débitrice de l'obligation affectée de cette modalité (art. 1304-2 C. Civ).

Les principes rendaient donc l'opération incertaine. Le droit positif plus récent ne donnait pas davantage de certitudes. L'article L. 2141-2 du CGPPP consacre une possibilité voisine de « déclassement anticipé » (par rapport à la désaffectation) qui permet à l'Etat ou l'un de ses établissements publics de procéder à un déclassement alors que la désaffectation n'est pas encore effective (ce qui signifie concrètement que le bien peut être aliéné alors qu'il est encore affecté à un service public) ; un tel mécanisme, qui permet de faire l'économie d'une condition suspensive de déclassement, est toutefois encadré par des conditions strictes et

⁴ Et ce d'autant plus que, puisque la promesse de vente vaut vente (art. 1589 c. civ), si la vente n'est pas reportée à une date postérieure au déclassement et est constituée au jour de la promesse, elle est nulle comme contraire au principe d'inaliénabilité.

⁵ CE, 1^{er} mars 1989, n° 71140, Bérou, Dr. Adm. 1989, comm. 244.

⁶ Notamment en matière de police (CE, 17 juin 1932, Ville de Castelnau-dary, Lebon 595 (arrêt de principe) ; concl. Josse, D.P. 1932, 3, 26) mais aussi au delà (CE Sect. 20 janv. 1978, Synd. National de l'enseignement technique agricole public, AJDA 1979. 37, concl. Denoix de Saint-Marc).

⁷ Selon l'expression du Professeur Jacques Moreau (in De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel, AJDA 1965. 3).

⁸ CE, 13 févr. 2015, 381412, Soc. Le Patio Lafayette (à propos de la vente d'un bien du domaine privé) ; CAA Marseille, 4 nov. 2013, 11MA04646, Cne de Carnoux-en-Provence (à propos de la vente d'un bien du domaine public).

⁹ O. Fickler-Despres, Les promesses de l'administration, JCP (G.) 1998, I, 104. A supposer même qu'une indemnisation soit possible au regard des règles du droit public, il y aurait là matière à faire usage de l'adage, connu du juge administratif, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, principalement appliqué en matière contractuelle ou quasi-contractuelle (CE, 25 nov. 1921, Savonneries Henri Olive, Lebon 977, RD publ. 1921, p. 107, concl. Rivet) mais qui peut sans difficultés s'étendre à la matière quasi-délictuelle (voir par exemple, CE, 7 mars 1980, SARL Cinq-sept et autres, D. 1980, jur., p. 324, note L. Richer).

était, en toute hypothèse, inapplicable à l'espèce car l'article en cause ne concernait pas (jusqu'à une date récente) les collectivités territoriales. Dans le même ordre d'idées, l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques autorise la pratique des promesses de vente des biens domaniaux sous condition suspensive de déclassement (et dans un cadre garantissant la continuité du service public, et, somme toute, une marge de liberté au profit de l'administration postérieurement à la formulation de la promesse)¹⁰. Postérieures au contrat litigieux, ces dispositions étaient néanmoins inapplicables au cas d'espèce.

La jurisprudence, par ailleurs, était tout aussi incertaine sur la validité des promesses de vente sous condition de déclassement et de désaffectation : si le juge avait parfois, comme on l'a évoqué plus haut, censuré ces modalités, certaines décisions ne semblaient pas se montrer radicalement hostiles à leur égard¹¹.

Dans un tel contexte, l'affaire donnait donc l'occasion au juge de cassation de définir le droit applicable à ces promesses de vente formulées par les personnes publiques. Certes, compte tenu de l'intervention de l'ordonnance d'avril 2017 la question était essentiellement théorique mais elle aurait pu permettre de définir les contours des trois principes que nous évoquions plus haut (inaliénabilité, indisponibilité des compétences, interdictions des conditions potestatives). De ce point de vue l'arrêt est relativement décevant. La décision du Conseil d'Etat admet, en effet et sans faire mention des divers obstacles évoqués, qu'« aucune disposition du Code (GPPP) ni aucun principe » ne s'opposait à ce que les biens du domaine fassent l'objet d'une vente sous condition suspensive de déclassement. A lire la décision, la solution semble essentiellement justifiée par l'entrée en vigueur, postérieure à la conclusion de la convention litigieuse, de l'ordonnance du 19 avril 2017 qui, précisément, autorise la pratique des promesses de vente des biens domaniaux sous condition suspensive de déclassement. Le raisonnement est ainsi curieux et l'on s'explique assez mal l'évocation de l'ordonnance de 2017 qui était inapplicable à l'espèce : le juge semble avoir été convaincu que l'évolution du droit autorisait une certaine lecture du droit antérieur. Puisque rien dans celui-ci ne condamnait fermement les promesses de vente sous condition suspensive de déclassement et que le droit positif avait évolué dans un favorable à cette pratique, il convenait rétrospectivement de valider le procédé. Il s'agirait alors d'une sorte d'« interprétation conforme rétrospective » ou « à la lumière de... » peu commune. On pourra relever que la décision est rendue dans le cadre d'une procédure de demande de suspension de l'exécution d'une décision administrative formulée par un préfet de sorte que le juge n'est appelé à se prononcer que sur l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision ; cela autorise comme on le sait un simple contrôle de la vraisemblance de l'illégalité et une « censure » d'illégalités qui pourrait ne pas être confirmées par un examen plus approfondi de l'acte. Toutefois, cet examen de la vraisemblance de l'illégalité ne peut logiquement porter que sur la violation par la décision d'une règle de droit et non sur l'existence de celle-ci et suppose qu'elle soit établie de manière ferme avant l'examen de la requête par le juge : partant, il était possible d'admettre qu'il y avait vraisemblablement un

¹⁰ Art. L. 3112-4 CGPPP.

¹¹ Voir notamment CAA Lyon, 20 oct. 2011, n° 10LY01089, Société Eiffage immobilier Centre Est, AJDA 2011. 2541 ; CAA Nancy, 10 juin 2013, n° 12NC00341, Socogim c/ Commune de Vandoeuvre ; voir aussi, CE, 26 janv. 2007, Soc. Logidis, BJCL 2007, n° 2, p. 80, concl. R. Keller et obs. M. Guyomar ; CE, 23 avril 2003, Asso. « Vivre à Endoume, Défense et environnement et Comité d'intérêts de quartier « Vallon des Auffres Corniches », JCP (adm.) 2003, 1310, note Ph. Billet.

doute quant à la légalité de la promesse puisque précisément l'état du droit n'était pas certain à la date où la convention a été conclue.

Comme pour compenser l'audace du raisonnement, l'admission de la validité de la promesse est encadrée par des conditions strictes qui tiennent à la préservation du principe d'inaliénabilité : la promesse ne vaut que si la désaffectation est réalisée avant le déclassement et des clauses doivent garantir le maintien du bien dans le domaine si un motif tiré « notamment » de la continuité du service public l'exige. Le « notamment » est instructif : il préserve la marge de manœuvre de l'administration et la possibilité de ne pas tenir sa promesse si un motif tiré de l'action administrative l'exige. Ce faisant, il réduit considérablement l'intérêt de la promesse : non seulement la promesse ne fait pas naître de « droit au déclassement » mais encore il y a fort à parier que la délibération ou l'acte la comportant n'est pas un acte créateur de droits susceptible, comme tel, d'être retiré à tout instant et pour tout motif ce que la jurisprudence a d'ailleurs déjà jugé¹². Redisons que la solution n'a désormais d'intérêt que théorique ; il nous semble toutefois qu'elle fait quelque peu « bon marché », sans un effort de démonstration particulier, de principes fondamentaux de l'action publique pour un résultat effectif somme toute limité.

II – L'apport au droit contractuel : l'établissement de l'illicéité du contrat

Au point de vue du droit contractuel, la décision apporte d'intéressantes précisions sur le droit applicable aux contrats de l'administration.

L'un de ces points ne mérite pas de développements particuliers ici si ce n'est du point de vue de la méthode. La convention du 9 juin 2016 avait en effet été conçue et présentée comme une convention de « résiliation » des délégations de service public précédemment conclues avec l'acquéreur des parkings. Le Conseil d'Etat y voit pour sa part une convention modificatrice des conventions initiales qui doit être, en tant que telle, jugée au regard des règles régissant la modification des concessions, fixées par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, et applicable au contrat litigieux. Puisqu'il modifie la nature globale du contrat il est logiquement jugé illicite dans la mesure où l'article 78 de l'ordonnance précitée interdit ce type d'« avenant » (le mot n'étant pas utilisé par l'ordonnance).

L'autre point nous semble soulever des questions juridiques plus délicates. Le préfet soutenait, en effet, pour établir un doute sérieux sur la légalité de la convention du 9 juin 2016, qu'elle avait un « objet illicite » et était entaché d'un « détournement de pouvoir ».

La question de l'illicéité du contrat en droit public a fait l'objet d'un renouvellement récent, à la faveur de la décision Commune de Béziers du 28 décembre 2009¹³, qui retient l'illicéité du contenu du contrat comme cause d'annulation potentielle (avec le « vice d'une particulière gravité » tel que « notamment » les conditions dans lesquelles les parties ont

¹² Voir note n° 9.

¹³ CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Commune de Béziers, Lebon 509, concl. E. Glaser ; AJDA 2010. 4 ; ibid. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou ; AJCT 2010. 114, Pratique O. Didriche ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser ; ibid. 519, note D. Pouyaud ; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni ; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert.

donné leur consentement). Elle n'est toutefois pas totalement inédite. Le juge administratif a, en effet, développé de longue date un ordre public contractuel qui permet de caractériser cette illicéité. Peu d'études ont cependant été consacrées à la question si ce n'est la somme que constitue la thèse de Dominique Pouyaud consacrée à la nullité des contrats administratifs¹⁴. Avant l'arrêt Commune de Béziers, le Conseil d'Etat avait sollicité, pour établir cette illicéité, les deux techniques qu'offre (et désormais offrait) le droit civil : l'objet du contrat, et la cause. Les deux techniques ont la même fonction : censurer les contrats qui portent potentiellement atteinte à une règle d'ordre public. Elles n'empruntent toutefois pas le même chemin : si l'objet du contrat permet de censurer les contrats et obligations contractuelles qui portent matériellement sur une matière qui est hors commerce juridique, la cause permet de sanctionner des intentions illicites ou immorales. Elle suppose un examen plus intime du contrat qui ne se limite pas à l'observation de sa matière mais au but (partagé ou non) que les parties avaient en vue lors de la conclusion du contrat qui peut révéler une intention de contourner la loi, une règle impérative ou de réaliser une fraude. Le Conseil d'Etat s'était inspiré du droit civil pour censurer certains contrats administratifs, tantôt sur la base de l'objet illicite¹⁵, tantôt sur la base de la cause illicite c'est à dire le but subjectif ayant animé les parties¹⁶.

En l'espèce, le juge constate à la fois le caractère illicite de l'objet de la convention et le détournement de pouvoir qui l'entacherait. Pour l'établir, le Conseil se réfère à une série d'éléments extérieurs au à l'*instrumentum* contractuel qui révèlent que l'objectif du contrat du 9 juin 2016 était « de faire obstacle à l'exercice, par la métropole d'Aix-Marseille-Provence, de la compétence que lui confèrent, à compter du 1^{er} janvier 2018, les dispositions de l'article L. 5218-2 du CGCT ». Cette conclusion et cette méthode soulèvent en réalité deux interrogations. Il nous semble en effet que la mobilisation de l'objet comme du détournement de pouvoir est relativement inappropriée au cas d'espèce et ne correspond pas exactement à la démonstration conduite par le juge.

L'analyse de la matière du contrat ne révèle, en effet, aucune infraction portée à l'ordre public. Puisque le juge considère que le contrat ne porte pas atteinte, par ses clauses et son économie générale, au principe d'inaliénabilité du domaine et pas davantage, mais de manière implicite, au principe d'indisponibilité des compétences administratives (deux éléments composant cet ordre public contractuel propres aux contrats administratifs), il était difficile d'admettre un « objet » illicite. La méthode d'établissement du caractère illicite que le juge retient s'inspire bien davantage de la logique appliquée en matière de cause illicite : en relevant, en effet, que la commune souhaitait « se soustraire à l'obligation de céder gratuitement ses parkings à la métropole », qu'elle estimait « anormal de devoir les donner » et souhaitait conserver la maîtrise de la gestion des parkings hors voirie (via la SEMEPA), le juge établit la *ratio decidendi* de la conclusion du contrat, les motifs subjectifs qui ont animé la commune lors de la conclusion du contrat. Or, c'est précisément cette logique que la démonstration et même la preuve de la cause illicite suivent en jurisprudence. Il aurait donc été plus juste d'évoquer la cause illicite plutôt que l'objet illicite. Certes le Conseil d'Etat répond ici à un moyen soulevé par le préfet et englobe l'objet illicite dans

¹⁴ D. Pouyaud, La nullité des contrats administratifs, 1991, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 158, n° 240 à 394.

¹⁵ CE, 8 juin 1934, Compagnie financière de Constantine, Lebon 652 ; C.A.A. Lyon, 3 févr. 2005, Welma Pachod, A.J.D.A. 2005, p. 1531, note J.-D. Dreyfus

¹⁶ CE, 15 févr. 2008, Commune de La-Londe-Les Maures, 279045, AJDA 2008. 575) ; F. Lombard, La cause dans le contrat administratif, 2008, Dalloz, Nouvelle bibl. de thèses, t. 77.

l'illicéité du contenu du contrat que le juge pourrait prendre en compte pour décider son annulation (considérant 21) et qui amalgame probablement l'objet et la cause. Il aurait été plus juste cependant de ne mentionner que l'illicéité du contrat sans la caractériser par référence à la notion d'objet.

L'évocation du détournement de pouvoir en matière contractuelle nous semble également innovante et soulève des interrogations. L'utilisation de guillemets dans le texte de l'arrêt souligne peut être une forme d'embarras de la part du Conseil d'Etat. Ce vice a été conçu pour contrôler les intentions de l'auteur d'un acte administratif et à l'instar de la cause illicite il permet de censurer non pas un objet ou une matière mais une intention. Il est toutefois plus proche, au fond, de l'abus de droit que de la cause. Or, forgé pour contrôler la légalité des actes administratifs unilatéraux, le détournement de pouvoir n'a jamais été mobilisé directement pour censurer un contrat administratif¹⁷, le juge semblant préférer solliciter la technique de la cause illicite. La particularité du détournement de pouvoir l'explique aisément. En effet, s'il se définit d'une manière générale comme un usage d'un de ses pouvoirs par l'administration dans un but différent de ceux en vue desquels ils lui ont été conférés, on sait qu'il existe deux grandes variétés de détournement de pouvoir. La première est constituée lorsque l'administration a visé un but intrinsèquement étranger à l'intérêt général : rien ne s'oppose à ce que cette hypothèse soit étendue au contrat et donc aux agissements conjoints de l'administration et de son cocontractant. Il est en revanche beaucoup plus difficile d'appliquer la deuxième variété de détournement de pouvoir au contrat, constituée lorsque la puissance publique « *use des pouvoirs dont elle est investie à des fins, qui, quoique n'étant pas étrangères à l'intérêt général ne sont pas au nombre de celles pour la réalisation desquelles ces pouvoirs lui ont été accordés, c'est-à-dire que le but n'est illégitime qu'en raison de la spécialité de l'autorité qui a agi* »¹⁸. Dans cette hypothèse, en effet, c'est l'administration seule qui est en cause dans la mesure où c'est la répartition des compétences en matière administrative qui est méconnue. Le particulier n'étant pas concerné, il ne peut « participer » à ce type de détournement de pouvoir et peut seulement le cas échéant y être « associé » ou en bénéficiaire. En d'autres termes ce n'est pas le contrat (c'est à dire la somme des motifs des parties) qui est entaché de détournement de pouvoir mais la seule décision de l'administration de contracter dans un but illicite de sorte que l'on ne voit pas comment le vice pourrait être appliqué à un acte partiellement élaboré par une personne privée. En toute rigueur, le cas d'espèce devait, nous semble-t-il, être analysé ainsi et le contrat suspendu pour cause illicite¹⁹. A nouveau, le juge devait ici répondre à un moyen soulevé par le requérant dans le cadre d'une demande de suspension et se contenter d'établir un doute sérieux sur la validité du contrat. A cet égard, il ne faisait aucun doute que l'intention de la commune était de contourner la loi et qu'elle révélait, à ce titre, un but illégal. Peu important peut être le fondement de la suspension, ce qui importait était de lui donner un fondement raisonnablement acceptable.

¹⁷ Y compris pourtant dans des cas qui s'y prêtaient aisément (voir CE, 5 mars 1954, Soulier, note précédente) et malgré l'invitation de certains commissaires du gouvernement (concl. G. Guillaume sur CE Sect., 11 févr. 1972, OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnement, AJDA 1972. 245).

¹⁸ R. Odent, Contentieux administratif, Les cours de droit, 1981, p. 1588.

¹⁹ Pour un cas proche, voir TA Lyon, 25 mars 2004, Synd. mixte du Jura-Gessien, Lebon T. p. 764 ; AJDA 2004. 1650, note J.-D. Dreyfus