

LA HOUILLE BLANCHE

Revue générale des Forces Hydro-Electriques
et de leurs applications

4^e Année. — Juin 1905. — N° 6

*La Houille noire a fait l'Industrie moderne
la Houille blanche la transformera.*

De la légalité des Concessions des services publics passées de gré à gré

La Houille Blanche a publié (1) autrefois une étude sur la note du Conseil d'Etat en date du 8 avril 1903, relative à la concession de l'éclairage de Bordeaux. On sait que la haute assemblée, consultée par le Ministre de l'Intérieur, avait décidé qu'il n'y avait pas lieu à approbation du traité de gré à gré intervenu entre la ville de Bordeaux et MM. Baudy, Gauthon et Maes, parce qu'il convenait « de recourir pour les grands services publics » aux formalités de l'adjudication.

Nous avons examiné la partie doctrinale d'une pareille théorie; nous n'avons point à y revenir. Nous constatons seulement qu'elle a porté ses fruits et que dans quelques communes des gens mal intentionnés ont essayé de faire sur ce point une sorte de chantage, et d'attaquer, en cours d'exécution, comme nuls, des contrats de concession pour des services publics.

Aujourd'hui nous croyons devoir publier la consultation que nous avons donnée à un industriel qui se trouvait victime d'une coalition de cette nature. Il s'agissait d'une adduction d'eaux potables dans une commune; mais le raisonnement qui y est fait peut s'appliquer à toutes les concessions. On pourrait résumer ainsi la difficulté qui nous était soumise. « En cours d'exécution des travaux, un entrepreneur voit une fraction du conseil municipal soulevant contre lui toute une commune pour faire déclarer nul, comme étant fait de gré à gré, un contrat de concession; que doit-il répondre? »

I

Le traité qui nous était présenté devait être envisagé à un double point de vue : d'abord parce qu'il était *la concession d'un service public de distribution d'eau*, ensuite parce qu'il était *un traité de travaux publics*.

L'entrepreneur, en effet, reste aux termes de ce contrat, concessionnaire de la fourniture de l'eau, pour un temps déterminé, moyennant une rétribution qu'il touche sur le montant des abonnements ou, plus exactement, moyennant la perception totale des abonnements dont il cède une partie à la ville suivant le chiffre des recettes. De plus, pour obtenir cette concession de distribution, il a dû promettre de payer de ses deniers, ou de supporter le 1/5 des travaux, quel que soit leur chiffre.

D'autre part, ce traité est *un marché de travaux publics* puisque l'entrepreneur le fait pour le compte de la ville qui en paie les 4/5 et les garde à l'expiration de la concession.

Pour apprécier la légalité de l'ensemble, il faut d'abord se demander *s'il est légal pour la concession du service public*, et ensuite *s'il est légal pour l'entreprise des travaux publics*.

A. *Est-il légal pour la concession d'un service public?*

Cette question n'aurait jamais été discutée avant le 8 avril 1903. Aucune difficulté n'avait été soulevée, à notre

connaissance du moins, sur la validité des concessions des grands services municipaux, qui, toutes, faisaient l'objet de traités de gré à gré, les adjudications d'éclairage étant extrêmement rares, et les adjudications de distribution d'eau également.

A cette date, dans une note émanant de la section du Conseil d'Etat, on pût lire que l'autorisation nécessaire à *la validité de la concession d'éclairage de Bordeaux* était refusée par l'autorité supérieure, parce que cette concession n'avait pas été donnée par adjudication, avec publicité.

De là, beaucoup de personnes ayant une tendance à généraliser voulurent déduire cette conséquence, qu'en cas de concession, les principes de l'ordonnance de 1837 autorisaient seulement *les formes publiques des traités* et condamnaient tout contrat de gré à gré.

Tout d'abord, il faut se garder d'une pareille extension. Sans doute, le Conseil d'Etat a déclaré se référer au texte de cette ordonnance.

Mais les notes de la Section du Conseil d'Etat ne sont pas des « arrêts ». Ce sont de simples avis donnés au ministre qui les demande, pour chaque affaire qui lui est soumise, et comme l'ont fait remarquer plusieurs juriconsultes qui ont commenté cette note, il est plus que probable que la rédaction du Conseil a dépassé, et de beaucoup, la pensée qu'elle devait rendre.

En effet, le Conseil ne dit même pas que pour *toutes les concessions* « il y aura adjudication », mais, remarquant que les précédentes concessions de la ville de Bordeaux ont été données sous cette forme il dit : « Il convient de revenir à l'adjudication ». Le texte même est trop important pour ne pas être cité.

« *Principes de l'adjudication.* — Le principe posé par l'ordonnance du 14 novembre 1837 et rappelé par l'article 115 « de la loi du 5 avril 1884 est que « les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes doivent être « données avec concurrence et publicité » et cette règle doit « être suivie toutes les fois qu'il n'est pas justifié de circonstances exceptionnelles. Or, il résulte de l'instruction que « la concession de l'entreprise de l'éclairage et du chauffage « par le gaz dans la ville de Bordeaux a fait l'objet d'une « adjudication pour la période allant du 1^{er} janvier 1876 au « 30 juin 1904, sans que cette manière de procéder ait présenté aucun inconvénient. C'est également à une adjudication que le conseil municipal de Bordeaux était d'abord « disposé à recourir pour la concession du gaz et de l'électricité à dater du 1^{er} juillet 1904, et c'est en vue d'une adjudication qu'il a rédigé le cahier des charges joint au dossier. « Ce n'est qu'au dernier moment qu'il s'est prononcé pour la « passation d'un marché de gré à gré. Il convient de revenir « à l'adjudication, sauf à soumettre celle-ci à certaines restrictions conformément à l'article 2 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 et à n'admettre à concourir que les personnes « qui auront été reconnues capables par l'administration municipale ou une commission d'admissibilité et qui auront « produit à cet effet des titres justificatifs. »

(1) Voir année 1903, page 289.

C'est donc bien *pour des raisons personnelles à la commune de Bordeaux* que le Conseil d'Etat a décidé qu'il « convenait » de recourir à l'adjudication.

D'abord une *raison de tradition*, puisque tous les traités précédents avaient été faits de la sorte; puis, une circonstance remarquable: tout le traité de gré à gré avait été rédigé en vue d'une adjudication et c'était seulement *au dernier moment* que cette idée avait été abandonnée brusquement; enfin, en changeant le traité de gré à gré, en une sentence d'adjudication, on ne faisait tort à personne, puisqu'il n'y avait eu aucun commencement d'exécution; telles sont, à notre avis, les considérations prises par le Conseil d'Etat, et qui lui ont dicté, beaucoup plus que l'ordonnance de 1837, le motif de sa décision.

Enfin, il avait une autorité souveraine puisque la dette de la ville de Bordeaux forçait celle-ci à demander l'autorisation du chef de l'Etat, en vertu des articles 115 et 145 de la loi de 1884 combinés et cette formalité est toujours précédée de l'avis du Conseil qui, sur ce point, fait loi.

Tout autre est la situation de la ville de X. En premier lieu, le Conseil d'Etat n'a point à être consulté, sa dette, ainsi que nous l'a exposé le consultant, la mettant en dehors de la sphère d'application de l'article 145 de la loi municipale. On ne comprend donc pas comment pourrait se faire l'application de la règle posée, — en admettant même qu'il s'agisse d'une règle.

De plus il y a, par le fait des travaux, un commencement d'exécution du traité; le Conseil d'Etat aurait certainement reculé devant une mesure qui constituerait une annulation, beaucoup plus grave qu'un refus d'autorisation, si la ville de Bordeaux s'était trouvée dans le même cas.

Mais, après ces considérations de fait qui soulignent les différences essentielles des deux situations, nous devons nous demander si vraiment, en droit, la thèse du Conseil d'Etat — en se plaçant dans l'hypothèse où la note ci-dessus visée aurait un caractère doctrinal — pourrait être exacte. Nous ne le pensons pas, aussi nous ne croyons pas qu'elle se généralise.

L'article 1^{er} de l'ordonnance de 1837 ne dit pas « tous les marchés seront donnés par voie d'adjudication » mais il dit: « toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes seront données avec concurrence et publicité ».

Or *les entreprises pour travaux* forment une catégorie bien différente des concessions de services publics, puisque dans l'entreprise la commune paie le travail qu'elle commande, tandis que dans la concession la municipalité abandonne la jouissance d'une chose à laquelle elle a droit pour permettre au concessionnaire de rentrer dans ses avances.

Mais si l'on voulait néanmoins assimiler l'entreprise et la concession, on se heurterait alors à une inextricable difficulté en présence de l'article 115 de la loi de 1884. Cet article comprend deux paragraphes. Le premier se réfère à l'ordonnance de 1837, dont il n'est que la répétition. Le second souligne une différence, puisqu'au lieu de prévoir le cas d'une entreprise de travaux publics, il prévoit le cas d'une concession, et déclare que cette concession d'un grand service communal *peut être passée sous forme de gré à gré*, pourvu qu'elle soit approuvée par décret ou par arrêté préfectoral suivant le chiffre de la dette communale.

Voici le texte: « Les traités de gré à gré à passer dans les conditions prévues à l'ordonnance de 1837 et qui ont pour objet l'exécution d'entreprises de tous travaux communaux, seront approuvés, etc... »

« Il en sera de même des traités portant concession à titre exclusif ou pour une durée de trente années des grands services municipaux. »

Pourquoi deux paragraphes, l'un pour les entreprises, l'autre pour les concessions, si le premier terme « entreprises » doit les englober toutes les deux ?

Ajoutons à cela que les plus remarquables auteurs de droit

administratif sont absolument opposés au système qui voudrait lier les communes à la nécessité de l'adjudication.

Ce mode de procéder est une prime au rabais, mais souvent aussi une prime à l'incapacité. Quant au désir des municipalités d'écarter d'elles des soupçons dont nous ne voulons même pas parler, il est certain que le moyen est inefficace. Si le soupçon doit se faire jour, il se fera aussi bien par une adjudication que l'on peut toujours restreindre sans peine, et sans encourir le reproche d'illégalité; il suffit pour cela d'un peu d'habileté. Le Conseil d'Etat ouvrirait d'ailleurs une porte à l'invasion des soupçons en imposant au Conseil municipal « ou à une commission d'admissibilité » de trier parmi les candidats ceux que leur situation et leur habileté rendraient seuls dignes d'un concours.

M. Aucoc, au tome II de son Cours de droit administratif; Christophe et Auger dans leur Traité de travaux publics; Picard, dans son Traité des chemins de fer, sont très affirmatifs et proclament le principe de la liberté du traité de gré à gré au nom des intérêts de la commune et des administrations.

Nous n'avons point à répondre à l'argument que voudraient tirer les adversaires du consultant de l'article 2 de la loi du 3 mai 1841, lequel déclare que les grands travaux des communes doivent à leur base un décret ou une loi. Il suffit de lire le titre de la dite loi pour savoir que l'exécution des travaux qui réclament une expropriation demande seule la formalité d'un décret qui est la base du jugement d'expropriation. Il ne faut point confondre l'idée du contrat et l'idée de l'exécution, c'est-à-dire deux hypothèses essentiellement distinctes. D'ailleurs aujourd'hui le décret existe.

Nous nous résumons donc sur ce point et nous disons: « Le traité de gré intervenu entre la commune de X et M. Z aux droits duquel se trouve aujourd'hui le consultant est inattaquable du chef de la concession qu'il donne au dit Z ».

B. Nous avons à examiner un second point « La convention est-elle également inattaquable du chef de l'entreprise des travaux, confiée de gré à gré à M. Z ».

Nous avons dit plus haut que, dans le principe, l'entreprise des travaux publics doit être confiée à un adjudicataire. C'est évidemment ce qu'a voulu dire l'ordonnance de 1837. Le premier paragraphe de l'article 115 de la loi de 1837 se référant à cette ordonnance, il se trouve qu'il n'y a de changé que l'autorité qui peut donner l'autorisation. D'après l'ordonnance, le ministre seul approuvait. La loi de 1884 (article 115) donne ce pouvoir au préfet dans certains cas, et au chef de l'Etat dans d'autres cas, suivant que le revenu est inférieur ou supérieur à 3 millions.

Mais il n'est rien changé en ce qui concerne la nature des travaux et l'adjudication des travaux reste la règle.

Nous avons donc à nous référer à l'ordonnance de 1837 pour connaître les vrais principes.

Le texte de cette ordonnance, après avoir édicté la règle fondamentale (adjudication nécessaire pour travaux), comprend de suite dans son article 2 plusieurs exceptions parmi lesquelles nous lisons (3^e paragraphe de l'énumération): « Tous ouvrages dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes éprouvés ».

Il est certain, à notre avis, que les travaux d'adduction d'eaux rentrent dans cette catégorie, et non seulement c'est notre avis, mais cela a été soutenu *par le Ministre lui-même*, dans une espèce extrêmement intéressante puisqu'elle ressemble absolument à celle qui nous est soumise, et que l'on doit signaler.

Un sieur Maniguet se plaignait de ce que la commune du Havre avait donné, par traité de gré à gré, la charge d'amener des eaux, à un sieur Durenne, en violation de l'ordonnance de 1837. L'affaire fut portée devant le Conseil d'Etat, et le Ministre lui-même prit des conclusions aux fins de rejet du pourvoi, parce que l'adduction de l'eau rentre dans les travaux qu'un spécialiste peut seul faire, et par conséquent rentre dans

la catégorie prévue au paragraphe précédemment cité (Voir cette affaire au recueil de Lebon, arrêts du Conseil d'Etat).

L'importance et la difficulté des travaux de la ville de X permettraient de soutenir la même thèse, qui serait fautive s'il ne s'agissait que de faire des canalisations et des tranchées, qui est exacte dans l'espèce où il y a des bassins de retenue, barrages, etc.

Notre conclusion sur ce deuxième point est donc conforme à la conclusion du premier point.

II

Mais il pourrait arriver que nous fissions erreur au point de vue du droit qu'appliquerait la juridiction administrative, si elle était saisie. Supposons par exemple que la tendance assez imprudemment émise par le Conseil d'Etat dans l'affaire de Bordeaux se généralise, et que, malheureusement, l'adjudication devienne la règle des entreprises publiques dans notre pays.

Même dans cette hypothèse, nous ne voyons pas les dangers que pourrait courir M. Z.

Il est certain, en effet, et admis par une jurisprudence constante :

1° Que les tiers, notamment les entrepreneurs qui se prétendent évincés par le traité de gré à gré n'ont pas qualité pour faire annuler la convention.

2° Que la commune elle-même n'a pas qualité pour en demander la nullité.

Ces deux principes, actuellement non discutés ont leur base dans cette idée que l'ordonnance de 1837 n'ayant pas prononcé cette cause de nullité, n'a voulu édicter qu'une mesure « d'ordre intérieur et administratif » ; en conséquence, ni l'Etat, ni la commune ne peuvent se plaindre de ce que cette mesure a été violée et faire pâtir le contractant de cette violation commise par l'autorité qui les représente.

On pourra consulter sur ce point, si on veut connaître à fond la jurisprudence que nous venons de résumer : Perriguet (*Travaux publics*, tome 1, p. 66); Batbie (*Droit public et administratif*, tome 7, p. 144); Dufour (*Droit administratif*, tome 3, p. 1996).

Nous nous bornerons à recommander tout spécialement la lecture d'un arrêt du Conseil d'Etat du 18 mai 1877 (Dalloz, 77, 3, 84), d'un autre arrêt du 14 mai 1886 (Dalloz 87, 3, 111), et enfin d'un troisième en date du 4 mars 1887 (Dalloz 1887, 3, p. 68).

Dans le premier arrêt, on lit les conclusions du Commissaire du Gouvernement qui, lui-même, déclare qu'il n'y a pas nullité du marché de gré à gré.

Dans le deuxième, on voit un entrepreneur Agustinetty, dépossédé violemment du bénéfice d'un travail par une commune qui, sous prétexte qu'elle n'avait pas employé l'adjudication publique, avait adjugé à un autre, obtenu des dommages-intérêts; et enfin dans le troisième, un prétendu intéressé qui avait demandé l'annulation et qui est débouté comme n'ayant pas qualité.

D'autre part, on trouve à chaque pas dans la jurisprudence administrative l'affirmation de ce principe que les communes ne doivent pas s'enrichir aux dépens d'autrui, sous prétexte qu'elles ont violé une disposition de la loi faite à leur profit. Elles doivent alors payer aux tiers le dommage que cause la résiliation du contrat, ce qui revient à payer les travaux effectués.

Nous croyons avoir démontré :

1° Que malgré les menaces du journal de X la concession a été donnée très valablement à M. Z.

2° Que les travaux d'adduction d'eau potable — surtout les siens — sont des travaux qui doivent être donnés beaucoup plus en considération de l'habileté de celui qui les fait qu'en considération de l'économie; qu'ils rentrent donc dans les exceptions prévues à l'ordonnance.

3° Qu'alors même que sur ce point nous ferions une erreur, la jurisprudence ne permettrait à personne de demander l'annulation du contrat, ni à la commune, ni aux particuliers et que, dans ce cas, il y aurait une *illégalité théorique sans qu'une sanction juridique en soit la conséquence.*

Paul BOUGAULT,
Avocat à la Cour d'appel.

CHEMIN DE FER AX-RIPOLL

Au moment de la visite du Roi d'Espagne à Paris, nous avons pensé intéresser les lecteurs de *La Houille Blanche* en mettant sous leurs yeux les quelques lignes suivantes qui sont consacrées à l'une des trois lignes de chemins de fer projetées à travers les Pyrénées et qui sont extraites d'un des derniers *Bulletins de la Chambre de Commerce de Barcelone.*

La ligne d'Ax-Ripoll mesure une longueur de 74 kilomètres, sur lesquels la France doit construire 35 kilomètres et l'Espagne 39. On peut donc dire que la partie à subventionner par chacun des deux gouvernements est insignifiante.

Bien qu'elle franchisse les Pyrénées, et sauf à travers les massifs de Puigmorens et de Tosas, la ligne d'Ax-Ripoll longe sur tout son parcours de larges vallées qui donnent, sans grandes déclivités, accès à une double voie ferrée, ainsi qu'il convient à une ligne internationale de grand trafic.

Le tracé de la ligne française commence à la vallée d'Ax, dont il longe les montagnes. Il passe ensuite par le défilé de Berduquet, arrive au village de Merens et, toujours en suivant le cours de l'Ariège, il entre sur le territoire de la commune d'Hospitalet. C'est là que s'ouvre le tunnel de Puigmorens, long de 1 700 mètres. Quand il en débouche, le tracé atteint déjà une longueur de 23 kilomètres. Il parcourt ensuite la vallée de Carol et passe par les villages de Porta, Carol, Curvasil et la Tour de Carol. Peu après, à 1 500 mètres de la Tour de Carol, commence le tracé espagnol.

Au sortir de la vallée de Carol, au bout de laquelle doit être établie la station de la frontière française, la ligne entre sur le territoire espagnol, double l'angle de la colline de Puigcerdà et s'engage dans la belle vallée de la Cerdagne, la plus large des Pyrénées et d'une magnificence comparable à celle de l'Engadine, en Suisse. La vallée de la Cerdagne est traversée par le tracé projeté dans la direction N-S-O, sur une longueur de 6 kilomètres. A son extrémité, ce tracé franchit le Segre sur un pont, et s'engage dans la vallée d'Alp, sous la gigantesque Tossa d'Alp, pour arriver dans la vallée de la Molina et pénétrer dans le tunnel de Tosas, qui mesure 4 150 mètres. L'entrée du tunnel de Tosas correspond topographiquement avec celle du tunnel de Puigmorens, et l'on peut dire que, sauf la petite courbe de l'angle d'Alp, le tracé serait complètement rectiligne. En sortant du tunnel de Tosas, la voie ferrée se déroule le long de la vallée de Ribas, borde ensuite celle du Freser, traverse Campdevanol et arrive à Ripoll, terme du tracé, en suivant toujours un chemin plan, après avoir parcouru 39 kilomètres depuis la frontière.

Les déclivités, dans le tracé espagnol, varient entre 1 et 3 pour 100 au maximum. Or, certaines lignes normales espagnoles offrent cette différence de niveau et même une plus forte. D'ailleurs on pourrait adoucir la pente par quelques courbes; car les terrains le permettent facilement sur presque tout le trajet.

Les stations qui doivent être construites par l'Espagne et par la France sont toutes deux situées dans la grande vallée de la Cerdagne, laquelle s'étend par moitié dans chacun des deux pays. On y pourra toujours manœuvrer avec aisance par suite de la grande étendue des plaines qui environnent les emplacements choisis, et qui se prêtent parfaitement aux mouvements à exécuter.